

DANIELE BAGATOLI

**O EMBRIÃO CONCEBIDO *IN VITRO* E O DIREITO DE
SER RECONHECIDO COMO PESSOA HUMANA**

**Monografia de Conclusão de Curso
apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito das Relações Sociais. Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciên-
cias Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof. Elimar Szaniawski.

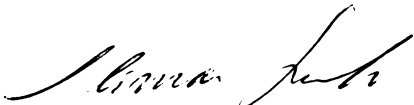
**CURITIBA
2003**

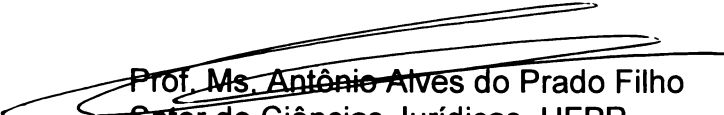
TERMO DE APROVAÇÃO


DANIELE BAGATOLI

O EMBRIÃO CONCEBIDO *IN VITRO* E O DIREITO DE SER RECONHECIDO COMO PESSOA HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Ms. Antônio Alves do Prado Filho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Ms. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Setor de Ciências Jurídicas, PUC-PR

Curitiba, 22 de outubro de 2003

Ao meu noivo e amigo
Bruno Campagnolo de Paula,
pela sua dedicação e carinho,
por não ter medido esforços para que
eu realizasse o sonho de entrar nessa Universidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor e Orientador Elimar Szaniawski, cujo entusiasmo despertou em mim o interesse pelo tema. Agradeço-lhe, também, pelo acompanhamento, pela revisão do estudo e por suas críticas que propiciaram o aprofundamento sobre as questões polêmicas dessa pesquisa.

Agradeço a todos que contribuíram para a realização desse trabalho e, em especial, à Loiri Antônia Spader e ao Emerson Luiz Fortunato.

"O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade. O que procede é seu estrito regulamento no marco do bem comum. Este marco é a LEI".

ARISTÓTELES,
"Ética a Nicômaco".

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
1 INTRODUÇÃO	9
2 TÉCNICAS ARTIFICIAIS DE REPRODUÇÃO HUMANA: A ORIGEM DOS EMBRIÕES EXCEDENTES	12
2.1 ASPECTOS MÉDICOS: AS VÁRIAS MODALIDADES DA TÉCNICA	12
2.1.1 Noções sobre a utilização da reprodução assistida	12
2.1.2 A inseminação artificial	14
2.1.3 A fertilização <i>in vitro</i>	15
2.1.4 A transferência intratubária de gametas	18
2.1.5 A injeção intracitoplasmática de esperma	19
2.2 Os EMBRIÕES EXCEDENTES	20
3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS.....	21
3.1 O USO DAS TÉCNICAS ARTIFICIAIS DE REPRODUÇÃO: DESAFIO ÉTICO-JURÍDICO	25
3.1.1 O Direito e o dilema sobre os embriões excedentes	25
3.2 CASOS CÉLEBRES: DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES.....	27
3.2.1 Caso Del Zio	27
3.2.2 Caso Rios	27
3.2.3 O <i>Dilemma over frozen babies</i>	28
3.2.4 Caso Frisina	29
3.3 IMPLICAÇÕES SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DOS EMBRIÕES <i>IN VITRO</i>	30
4 OS EMBRIÕES GERADOS E CONSERVADOS <i>EXTRACORPORE</i> E A INSUFICIÊNCIA DA MOLDURA JURÍDICA TRADICIONAL	33
4.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE PERSONALIDADE	33
4.1.1 A construção do termo <i>persona</i> : influência no sistema do Código Civil brasileiro	33

4.1.2 Os embriões e as categorias criadas pelo direito civil positivado	37
4.1.3 Nascituro e o início da personalidade jurídica	39
4.2 DOCTRINA NATALISTA E A TEORIA GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTA	42
4.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL - O EMBRIÃO COMO POTENCIALIDADE DE PESSOA.	44
4.4 TEORIA CONCEPCIONISTA	47
4.5 O DESCARTE DE EMBRIÕES E O ABORTO.....	48
4.6 O VALOR PRÉ-NORMATIVO DA PERSONALIDADE.....	53
5. RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE DO CONCEPTURO	58
5.1 O INÍCIO DA VIDA HUMANA E SUA PROTEÇÃO	58
5.1.1 O início do ciclo vital como início da personalidade.....	62
5.1.2 Dignidade da pessoa humana.....	69
5.1.3 O respeito ao direito de viver	73
5.2 O CASO DAVIS V. DAVIS	77
5.3 DIREITO COMPARADO E NORMAS INTERNACIONAIS	79
5.4 NORMAS BRASILEIRAS.....	83
6 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

RESUMO

A evolução da Biomedicina ocorrida nas últimas décadas vem propiciando a casais que, sofrendo alguma espécie de incapacidade para procriar, venham a realizar o sonho de gerar seus descendentes, concretizando o seu projeto parental, sem que para isso tenham que recorrer à adoção. A título exemplificativo, é possível que uma mulher que já tenha passado por cirurgia irreversível de obstrução das trompas, como método contraceptivo, venha a engravidar novamente. Basta colher alguns óvulos e misturá-los com o sêmen de seu marido ou de um doador. Obtendo-se embriões dessa mistura, é só transferi-los ao útero, e aguardar-se a gravidez. Assim, a Medicina vem buscando, a cada instante, desenvolver novas técnicas de procriação humana artificial, que apresentem menor desgaste aos envolvidos, utilizando-se de maior grau de sofisticação, possibilitando mais chances de êxito. Todavia, algumas das técnicas de reprodução assistida, dentre estas, *v. g.*, a fertilização *in vitro*, importam em alguns inconvenientes, sendo que para este estudo somente possui relevância um deles, qual seja: a produção de embriões humanos em número maior do que o necessário à tentativa de gravidez, assegurando-se que na hipótese de insucesso, pulem-se etapas, e tenham embriões já fabricados e "estocados" para nova tentativa. Esses seres humanos recém-concebidos são armazenados nos laboratórios, podendo ocorrer de nunca mais serem lembrados por seus pais que já realizaram a vontade de ter um filho. O que se fazer com eles? As opiniões divergem. É a vida humana embrionária que constitui o objeto deste estudo. Visa-se, por conseguinte, à discussão jurídica sobre o enorme desrespeito que essas tecnologias reprodutivas revelam pelo valor do ser humano, pelo bem jurídico da vida humana. Ressalte-se que o direito à vida é assegurado pela *Lex Mater* brasileira. Portanto, partindo-se da perspectiva de que a procura por essas técnicas de procriação aumentará, devido à proporcional elevação dos casos de infertilidade, compreende-se a urgente necessidade de uma reflexão séria e comprometida por parte dos estudiosos do Direito, propondo-se alternativas no sentido de impor limites ao uso desses métodos. Eis que, estes, como já mencionado, transpõem o respeito devido ao valor humano, o que, sob o ponto de vista personalista do Direito, é inadmissível.

Palavras-chave: reprodução assistida - embriões humanos - personalidade - dignidade da pessoa humana - direito de viver.

1 INTRODUÇÃO

A rapidez dos progressos científicos, vem demonstrando a vontade do homem em estabelecer o seu domínio sobre o mundo e sobre a natureza. A Medicina, através de inúmeras técnicas, propicia aos casais estéreis a possibilidade de realizar o desejo de filiação.

Esses avanços tecnológicos geram, cada vez mais, desafios e indagações nos mais variados campos do conhecimento. Desse modo, à medida em que são obtidos os resultados dessa busca incessante do homem pela felicidade e pela perfeição, aumenta a estupefação dos juristas. Concomitantemente, torna-se evidente a incapacidade de se encontrar soluções jurídicas para os problemas que exsurtem do uso ilimitado da tecnologia. Ademais, da forma como é concebido o Direito, revela-se impossível que ele acompanhe, na mesma velocidade, a evolução das ciências.

O conjunto das técnicas, acima mencionadas, que a Medicina criou para homens e mulheres que por alguma razão não sejam capazes de procriar, tentem gerar seu descendentes, denomina-se reprodução artificial ou reprodução humana assistida, ou, ainda, reprodução medicamente assistida.

Em que pese não constituam o objeto central da discussão desenvolvida neste trabalho, justifica-se a abordagem da procriação artificial humana sob o aspecto médico, para que se compreenda melhor de onde, e em que momento surgem os embriões "excedentes". Ademais, a intenção em se descrever algumas dessas técnicas, serve para reforçar quão grande é o desejo de filhos, pois como será demonstrado, a reprodução humana assistida, além de sua complexidade, proporciona um imenso desgaste a todos os envolvidos.

De mais a mais, a quantidade de bebês que nascem através da utilização dessas técnicas é elevada, e o fato de que se acentua o número de casais estéreis em todo o mundo, faz perceber a importância em discutir-se o tema.

Sendo assim, o estudo partirá para uma reflexão sobre os problemas éticos e jurídicos decorrentes do uso da reprodução humana artificial. É que essas técnicas, como será evidenciado, atentam contra o respeito devido ao ser humano embrionário, e o Direito não pode ficar alheio a isto, visto que um dos seus princípios é o de se conceder maior proteção aos mais indefesos.

Como será visto, pelo desejo nobre de ser pai ou mãe, os casais, de forma extremamente egoísta, através dessas técnicas, submetem-se à incerteza de obter-se um único filho, mesmo que isso importe no detrimento dos outros.

Sobre essa questão, muito embora não seja tratada diretamente neste trabalho, no entanto, traz-se à tona o fato de que esses métodos auxiliares de procriação vêm sendo muito discutidos e criticados como espécies de terapia ou tratamento. Nessa esteira, indaga-se: qual é o benefício trazido pela reprodução assistida? A cura da esterilidade? Não. Na verdade, tem-se o filho como um benefício terapêutico. Nesse sentir, portanto, os pais teriam, sempre, um direito a submeter-se a estas técnicas? O filho representaria um meio para concretização do desejo de filiação, e não o fim a ser buscado?¹

Logo, partindo-se dessa cruel realidade, do desrespeito à dignidade do ser humano, é que será abordada a discussão sobre o estatuto jurídico dos embriões humanos gerados pelos meios artificiais de procriação. Para isso, será necessária uma análise quanto à concepção tradicional de personalidade jurídica, com o objetivo de se verificar dentro dessa moldura, onde possam ser inseridos os seres humanos obtidos *in vitro* e conservados nos laboratórios através da chamada

¹Seguindo-se esse raciocínio, chegar-se-á ao ponto de questionar o fato de que como as técnicas de reprodução humana significam uma espécie de terapia, conseqüentemente, deverá estar ao alcance de todos. A estrutura pública de saúde estaria apta a oferecer esse tipo de tratamento? É o que a Lei 9.263/96 sugere. No entanto, vê-se que poucos têm acesso a esses métodos, uma vez que são muito caros, e disponíveis, com exclusividade, em clínicas privadas. Sobre essas reflexões, veja-se os comentários de Maria Luisa DI PIETRO e de Marina CASINI, acerca do Projeto de Lei nº 1514, de junho de 2002, sobre a 'procriação medicamente assistida', apresentada na Câmara dos Deputados italiana, no trabalho intitulado *Il dibattito parlamentare sulla 'procreazione medicalmente assistita'*. In: **Medicina e Morale**. Roma, n. 4, p. 617-666. 2002. Disponível em: http://www.bioeticaweb.com/Comentários_jurídicos/casini_di_pietro_fivet.pdf. Acessado em: 02 fev. 2003.

"criopreservação".

De outra parte, a questão e tema deste estudo se torna mais relevante ainda, neste momento, devido à notícia de que se tenta aprovar um Projeto de Lei, no Congresso Nacional, cuja redação permite a destruição da vida dos embriões humanos que, gerados por meio das técnicas de reprodução assistida, não sejam transferidos ao útero materno.

Saliente-se, desde já, que qualquer legislação que permita o desrespeito à vida e a dignidade da pessoa humana, ofende a atual Constituição brasileira, sendo, portanto, inconstitucional.

No último capítulo, serão abordadas reflexões da doutrina, que demonstram uma evolução na teoria da personalidade. E, buscando-se demonstrar algumas idéias sobre o tema, serão trazidas algumas normatizações sobre as novas tecnologias reprodutivas, sobremaneira no concernente aos embriões humanos. Será possível perceber-se que a comunidade internacional está preocupada com a proteção da vida humana embrionária.

Justificar-se-á, ao final, por que foi dado a este estudo, o título "O embrião humano concebido *in vitro* e o direito de ser reconhecido como pessoa humana".

2 TÉCNICAS ARTIFICIAIS DE REPRODUÇÃO HUMANA: A ORIGEM DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

2.1 ASPECTOS MÉDICOS: AS VÁRIAS MODALIDADES DA TÉCNICA

2.1.1 Noções sobre a utilização da reprodução assistida

As técnicas de reprodução humana assistida² podem ser analisadas, preliminarmente, como meios assegurados, pela nosso ordenamento, ao homem, à mulher ou ao casal, no exercício do seu direito ao planejamento familiar, reconhecido e expresso no § 7º³ do artigo 226 da Constituição Federal.

A Lei nº 9.263/96 veio para regular esse dispositivo constitucional, indicando em que consiste o planejamento familiar, permitindo a utilização dos meios de reprodução humana assistida⁴, quando não houver riscos à vida e à saúde dos envolvidos.

É cediço que o desejo de filiação é inato à natureza humana. Desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar sua espécie através dos filhos.⁵

² São utilizadas também por sua abreviação "RA".

³ "§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

⁴ "Art. 9.º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção". Pode-se conceituar planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulamentação da fecundidade, que possibilite o exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole. Constituir prole ou tomar a resolução de ter filhos, restringir o número de filhos ou aumentar o seu número são assuntos elementares do planejamento familiar", em (MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; PERROTTI, Marcos Antonio. Direito do Planejamento Familiar. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 87, v. 749, p. 49, mar. 1998).

⁵ Segundo Eduardo de Oliveira LEITE: "O desejo consciente de ter e criar um filho surge na fase adulta e, de forma intensa, nos casais", (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 101).

Com essa finalidade, as técnicas de reprodução medicamente assistida vêm permitindo aos homens e às mulheres que, naturalmente impossibilitados de procriar, realizem o sonho de gerar seus descendentes.⁶

O fato é que essas "técnicas trazem consigo a possibilidade senão de curar ao menos de remediar um mal, propiciando ao gênero humano o sempiterno desejo de aceder à descoberta da origem da vida individual, assim como o de mitigar o fim da existência humana através de sua perpetuação".⁷

Logo, o uso da procriação assistida visa somente a atender o desejo de ser pai ou mãe, porque, na verdade, não propicia a cura da impossibilidade de procriar. Esses métodos atuam, simplesmente, como um meio para contornar a infertilidade do casal.⁸

Além disso, outros fatores⁹ vêm contribuindo para a crescente procura dessas tecnologias reprodutivas, uma vez que não mais representam uma ameaça à

⁶ Estatísticas revelam que 15% das pessoas no mundo têm problema de reprodução (MANSUR, Ana Leticia. A polêmica do diagnóstico pré-implantacional. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12 jan. 2003). As causas dessas dificuldades — referem os estudos — repartem-se igualmente entre os parceiros conjugais (40% homem, 40% mulher, 20% ambos os membros do casal). Sabe-se que as técnicas de reprodução humana serão cada vez mais usadas, porque a infertilidade está a aumentar progressivamente. De acordo com João Álvaro Dias (**Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 31) entre os anos de 1965 a 1982, houve um acréscimo de problemas desta índole superior a 250%. Segundo Roger ABDELMASSIH, atualmente, a "...esterilidade atinge aproximadamente 20% dos casais", (Aspectos gerais da Reprodução Assistida. In: **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 15, jul. 200).

⁷ DEUTSCH, E. Artificielle Wege menschlicher reproduction: Rechtsgrundsätze. Konservierung von sperma, eirn und embryonem: Künstliche insemination und auerkörpeliche fertilisation; embryotransfer. In: **MDR**, 3, 1985, p. 177, citado por João Álvaro DIAS, **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 15.

⁸ A Resolução n° 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, em seu art. 1°, dispõe que: "As Técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou insuficientes para solução da situação atual de infertilidade".

⁹ Informa João Álvaro DIAS, op. cit., p. 33, que o número crescente de casais inférteis faz desequilibrar a balança da adoção para o lado da procura, gerando uma oferta insatisfatória. Ademais, estudos demonstram a solidez e felicidade das famílias que se socorreram às técnicas de RA. Enquanto a taxa de divórcio nos E.U.A é de 49%, entre os casais que utilizaram a procriação humana artificial, representa 1%. Lembra o autor, outrossim, que o quadro de valores sociais e psicológicos próprios da cultura ocidental dá relevância à necessidade de se preservar a herança genética e axiológica. Para Monica Sartori SCARPARO, não valem os argumentos de que há milhares de crianças abandonadas, necessitando de lar, pois, se esse problema existe, "não deixa de ser também verdade que as pessoas devem gozar de liberdade de escolher a melhor forma de terem seus próprios filhos", (**Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 137).

humanidade. Isto se confirma através do elevado número de crianças geradas por meio dessas técnicas. Contabiliza-se que através da FIV, mais de cinco mil "bebês de proveta" já nasceram em nosso país, ou mais de um milhão, em todo o mundo.¹⁰

Habitualmente, essas técnicas são divididas em dois grupos: a) Técnicas não-invasivas: quando não ocorre a aspiração folicular, fazem parte deste grupo os diversos tipos de inseminação artificial; b) Técnicas invasivas: em que ocorre a captação de óvulos através da aspiração folicular.¹¹

A seguir serão descritas, de modo sucinto, algumas das técnicas de reprodução humana assistida mais conhecidas. Com isso, objetiva-se melhor compreensão do que cada uma delas consiste, de modo a que não se causem confusões, elucidando-se de onde se originam os embriões "excedentes".

2.1.2 A inseminação artificial

A inseminação artificial consiste na técnica de fecundação dentro do organismo materno. Isto é, o encontro dos gametas feminino e masculino é intracorpóreo. A fecundação, portanto, ocorre naturalmente, sem que seja necessário introduzir o espermatozóide dentro do óvulo. Simplesmente, o que é artificial, é o meio pelo qual a união ocorre, ou seja, a técnica visa a facilitar o encontro dos gametas, quando há algum obstáculo.¹²

¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 465; HENIG, Robin Marantz. O bebê de pandora. **Scientific American Brasil**. São Paulo, ano 2, n. 14, p. 51, jul. 2003; e DEMARCHE, Tina. Fertilização in vitro completa 25 anos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 jul. 2003. p. 31.

¹¹ FRANCO JUNIOR, J. G. et al. **Reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Revinter, 1997, p. 69.

¹² A inseminação artificial é indicada quando, embora seja o casal apto a procriar, isto é, ambos produzem os gametas, há impossibilidade de inseminação natural intravaginal, por impossibilidade de manter-se relação sexual (BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 45). Está técnica poderá ser homóloga, quando o espermatozóide for do marido, e é indicada, em geral, para os casos em que há baixa produção de espermatozóides, ou quando há produção de espermatozóides em quantidade suficiente, mas o marido submeteu-se, anteriormente a tratamento de esterilização, etc. Diz-se que é heteróloga, quando é feita com sêmen de um terceiro (doador), em razão de o cônjuge ser estéril, ou seja, quando inexistente produção de espermatozóides pelo marido, na hipótese de ocorrer transmissão de doença hereditária oriunda da genética masculina, etc.

No entanto, as técnicas que, para o presente estudo, tornam-se mais relevantes são: a FIV (fertilização *in vitro*); a GIFT (transferência intratubária de gametas) e a ICSI (*intracytoplasmatic sperm injection*), visto que delas provêm os chamados "embriões excedentes" e toda a complexa e polêmica discussão ética e jurídica em torno dos mesmos.

2.1.3 A fertilização *in vitro*

A FIV humana começou em 1944, quando dois biólogos, Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões normais a partir de mais de uma centena de óvulos humanos colhidos nos ovários e colocados em presença dos espermatozoides.¹³

Entretanto, somente após trinta e quatro anos é que se obteve seu primeiro sucesso. Em 26 de julho de 1978, nasceu o primeiro "bebê de proveta" do mundo: Louise Joy Brown, considerada também como o "bebê do século".¹⁴

O processo de FIV convencional consiste em quatro etapas distintas: 1.^a Estimulação ovariana; 2.^a Aspiração folicular; 3.^a O processo de FIV em laboratório; 4.^a Transferência de embriões para a trompa ou útero.

As primeiras gestações obtidas através da FIV aconteceram com a captação ovular em ciclo natural. Nesse modo obtém-se um único óvulo maduro,, porque a cada ciclo menstrual, em geral, as mulheres liberam uma única célula germinativa. Partindo-se desse inconveniente, inovou-se a FIV com a estimulação do ovário, para liberação de vários óvulos maduros (aptos a serem fecundados), pois se

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira, loc. cit, p. 41.

¹⁴ Foi na Inglaterra, sob os cuidados dos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards. A fecundação humana na proveta operou-se por atividade científica pela moderna embriologia médica, pela primeira vez, no *Royal Oldham and District General Hospital* de Lancashire, perto de Manchester, em 26 de julho de 1978, quando se extraiu de Lesley Brown, estéril por obstrução das trompas de Falópio, um óvulo maduro, que, em condições químicas e termostáticas adequadas e controladas eletronicamente, foi fecundado em tubo de ensaio com o sêmen de seu marido, John Brown. O embrião foi implantado no útero de Lesley, onde se desenvolveu normalmente, nascendo Louise Brown, uma menina de 2,300 kg. É justo lembrar, como observou a Prof. Maria Helena Diniz, que o primeiro nascimento decorrente de FIV realizada aqui no Brasil e na América Latina, pela equipe do Dr. Milton Nakamura, falecido em 1997, foi de Anna Paula Caldera, em São Paulo, em 7 de outubro de 1984, (DINIZ, Maria Helena, loc. cit. p. 464-465).

verificou que o sucesso da técnica depende diretamente do número de gametas extraídos e, por sua vez, do número de embriões criados para a implantação no útero da receptora. Assim, a paciente é submetida a injeções de hormônios capazes de influir na quantidade de ovócitos produzidos a cada ciclo, configurando-se a hiperestimulação ou superestimulação.¹⁵

A etapa seguinte da fertilização *in vitro* consiste na aspiração dos óvulos através de agulhas especiais. Isto é realizado após 26 a 28 horas da detecção do ciclo natural; ou na hipótese do ciclo estimulado de 34 a 36 horas. Podem ser utilizados dois métodos de extração dos gametas femininos: a laparoscopia e a ultrasonografia¹⁶.

Nesse contexto, lembra-se que no Brasil, os trabalhos de pesquisa sobre fertilização *in vitro*, desenvolviam intensamente, quando foram freados. Isto porque, em 1982, ocorreu a morte de uma paciente durante a laparoscopia realizada para colher seus ovócitos.¹⁷

A ecografia, por sua vez, permitiu a punção dos óvulos de modo menos traumatizante, com anestesia geral ou local. Aspiram-se os ovócitos, através de agulha, a qual é capaz de atravessar o abdômen e a bexiga, chegando-se aos ovários. Quer-se dizer, que tudo se inventa para que esses métodos sejam menos dolorosos às mulheres, sendo, portanto, menos sacrificantes aos envolvidos.

Mais modernamente, utiliza-se a punção vaginal, que além de ser mais eficaz na coleta, traz poucas complicações à paciente, excetuando-se uma discreta

¹⁵ TIBI, C. et al. Prédiction des hyperstimulations ovariennes. **Fertilité-Contraception-Sexualité**, v. 17, n. 7-8, p. 751-752, jul/août. 1989, citado por Eduardo de Oliveira LEITE, loc. cit., p. 44), assevera que a superestimulação não está isenta de riscos; é uma operação grave, "potencialmente mortal, da indução da ovulação, fora e durante as procriações medicamente assistidas.

¹⁶ FRANCO JUNIOR, loc. cit., p. 73.

¹⁷ Revista Veja, n. 738, de 27.10.82., p. 117, relata a morte de Zenaide Maria Bernardo, de 39 anos, por "acidente anestésico" ocorrido durante laparoscopia realizada no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, pela equipe do Dr. Milton Nakamura. Apesar dessa fatalidade, como já foi citado, em 1984, nasceu o primeiro bebê de proveta brasileiro, o qual veio ao mundo por meio desta mesma equipe médica.

perda sangüínea, ou em casos raros, uma infecção pélvica pós-punção¹⁸.

Na fase seguinte da FIV, o óvulo é colocado em um terreno de cultura, cuja composição é semelhante àquela existente nas trompas, isto é, uma incubadora com água destilada por cinco vezes¹⁹. Em seguida, prepara-se o espermatozoide, que pode ser coletado um pouco antes da fertilização ou é utilizado sêmen congelado.

Após o preparo do sêmen, sua concentração é ajustada para que haja cerca de 100.000 a 200.000 espermatozoides para cada gameta feminino. Assim, segue-se à adição do espermatozoide aos óvulos pré-incubados, retornando essa mescla à incubadora (um tubo mantido a 37 graus), por cerca de 12 a 18 horas, para, então, verificar-se se houve ou não a fecundação.

Caso tenha ocorrido a fecundação *in vitro*, pode-se visualizar o ovo ou zigoto²⁰, com dois pronúcleos (da mãe e do pai), os quais vão se unindo, decorrido o tempo desde a fertilização. Então, os pronúcleos ao se aproximarem até completa fusão, originam uma única célula que passará a se dividir (é o ovo ou zigoto).

A última fase da FIV ocorrerá dois dias após a fecundação extra-corpórea. É a etapa da transferência dos embriões, com desenvolvimento normal, ao útero materno. Geralmente, o *transfer* é indolor. Mede-se a cavidade uterina, e se utiliza um cateter especial. Quando isso não é possível normalmente (quer porque o trajeto

¹⁸ FRANCO JÚNIOR, op. cit., p. 73.

¹⁹ Cf. SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética. I - Fundamentos e ética biomédica**. v.1. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 426.

²⁰ Angelo SERRA assim explica: "É uma observação comum a de que o primeiro evento na formação de um indivíduo humano é a fusão de duas células altamente especializadas, o oócito e o espermatozoide, por meio do processo da fertilização. Um processo altamente complexo no qual duas células extraordinárias e tecnologicamente programadas, que constituem dois sistemas independentes, mas ordenados um para o outro, interagem, dando origem a um novo sistema. A uma primeira fase do encontro – favorecida por receptores característicos da espécie presentes na zona pelúcida que circunda o oócito, por proteínas ligantes presentes na membrana externa dos espermatozoides e por enzimas proteolíticas e glicolíticas liberadas por partículas estruturadas presentes na cabeça dos espermatozoides, chamados *acrossomos* – segue-se a penetração da cabeça de um espermatozoide no citoplasma do oócito. Mal isso aconteceu e já tem início uma cadeia de atividades que indica com evidência que não são mais os dois sistemas que estão agindo independentemente um do outro, mas que se constituiu um 'novo sistema', que começa a operar como uma 'unidade', chamada precisamente de 'zigoto' ou 'embrião celular'. ", (SERRA, Angelo. Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto, e alla teologia. In: SERRA, Angelo., SGRECCIA, Elio, DI PIETRO, Maria Luisa. **Nuova genetica e embriopoesi umana**. Milão: Vita e Pensiero, 1999, p. 69-70 apud SGRECCIA, Elio, op. cit., p. 342).

do colo não é reto, ou porque há obstáculos dificultando a passagem) recorre-se a um cateter rígido e, excepcionalmente, a uma pequena cirurgia, que permitirá colocar os embriões no seu devido lugar, ou seja, no útero.

Por fim, a receptora repousará por 24 horas. Se necessário, por mais alguns dias e, entre o décimo ao décimo segundo dia, proceder-se-ão aos testes hemáticos para verificar-se a ocorrência de gravidez.

É bem verdade que, desde o primeiro sucesso da FIV, as técnicas de reprodução artificial evoluíram muito²¹. "E nessa última década foram introduzidos métodos tão mais novos e avançados, que aquela 'FIV básica' pela qual Louise Brown foi gerada, parece agora mera rotina".²²

2.1.4 A transferência intratubária de gametas

A GIFT ou transferência intratubária de gametas é técnica proposta pelo argentino Ricardo Asch, em 1984, e representa uma alternativa à fecundação "in vitro" para o tratamento de esterilidades inexplicadas. Desenvolveu-se paralelamente à fertilização *in vitro*, mas diferentemente desta, na GIFT, a fecundação ocorre "in vivo", em condições bastante semelhantes àquelas encontradas na fecundação natural. Suas etapas se resumem basicamente na: a) estimulação da ovulação; b) extração dos ovócitos (através de laparoscopia); c) colocação desses óvulos juntamente com o espermatozoides em um fino cateter, mas

²¹ Importante salientar que o desenvolvimento desses métodos trouxe, também, maiores chances de gestações com menor número de tentativas. A propósito esclarece ABDELMASSIH, loc. cit., p. 23), que nas décadas de 70 e 80, as taxas de gestações por ciclo representavam 5% e 12%, respectivamente. Já, nos anos 90, em consequência da melhoria laboratorial, esse índice subiu para 30%. E, atualmente, com o advento da técnica de ICSI (exposta mais adiante), o êxito é em torno de 45%-50%.

²² HENIG, Robin Marantz, loc. cit., p. 52.

separados por uma bolha de ar²³, para que a fecundação não ocorra antes de haver a transferência das células germinativas à trompa da receptora.²⁴

A GIFT também gera excesso de embriões, pois, assim como na FIV, são extraídos vários óvulos, que são fertilizados na hipótese de não obter-se sucesso na primeira tentativa de gravidez.

2.1.5 A injeção intracitoplasmática de espermatozóide.

Por fim, tem-se a ICSI (injeção intracitoplasmática de espermatozóide), uma variante das TRA, e exemplo de método mais sofisticado de procriação artificial. É o que, verdadeiramente, pode-se chamar de fecundação artificial ou fertilização assistida²⁵, visto que é a única técnica em que a união dos gametas é induzida. Isto é, o espermatozóide por si só não adentra no óvulo de forma natural, competindo com os outros milhões dessas células masculinas. Ao contrário, nesta técnica inexistente competição, pois um único espermatozóide é introduzido no óvulo.

A ICSI significa nova revolução da reprodução assistida, porque apresenta melhores taxas de fertilização, além da obtenção de embriões com melhor qualidade. A ICSI teve seus primeiros estudos relatados no início da década de 90. Ocorre através da imobilização e posterior aspiração do espermatozóide para dentro de uma pipeta de injeção. Em seguida, o oócito é fixado, utilizando-se de leve pressão, para que o espermatozóide seja injetado dentro da célula feminina. No dia

²³ A título de ilustração, para que a GIFT fosse aprovada pelo Vaticano, o espermatozóide deve ser recolhido durante a relação sexual e, como já descrito, os gametas são separados por uma bolha de ar no cateter de transferência, que acabou sendo alcunhada de "a bolha do papa", pois, dessa forma a fecundação ocorrerá dentro do corpo da mulher, ou seja, *in vivo*, (MANDELBAUM, J. e PLANCHOT, M. **Génération éprouvette. Les procréations médicalement assistées**, p. 50-51, apud LEITE, loc. cit., p. 50).

²⁴ Ibid., p. 47-49.

²⁵ Consoante lição de Heloisa Helena BARBOZA, loc. cit., p. 36, na realidade "artificiais" são os meios para se obter a fecundação e não esta em si, como induz a designação criticada. A fecundação, união ou fusão dos elementos ontogenéticos, é sempre natural". Tal crítica continua válida, visto que à época de tal estudo a ICSI não era uma técnica tão conhecida. No entanto, hodiernamente, pode-se falar que, através da ICSI, é permitida a fusão artificial das duas células sexuais.

seguinte, logo que for observada a presença de pronúcleos (o que indica o sucesso na fecundação), os embriões menos fragmentados serão mantidos em incubadora, até o momento da transferência. Aqueles excedentes serão congelados e armazenados em nitrogênio líquido.

2.2 OS EMBRIÕES EXCEDENTES

É de sabença elementar da Medicina de Reprodução Humana que o sucesso da gravidez obtida através da FIV é proporcional ao número de embriões transferidos. Daí que, normalmente, são fecundados muitos óvulos. Alguns desses serão implantados, podendo ocorrer gestação múltipla²⁶. Todavia, poderá acontecer de nenhum dos embriões²⁷ sobreviver ao processo de implantação, necessitando, portanto, de nova transferência. Para esta é que servirão os ovos produzidos em excesso, os quais foram congelados, porque seria inviável proceder-se a um novo processo de FIV (desde o seu início: estimulação ovariana, punção dos folículo, etc., com todos os riscos inerentes), para cada tentativa frustrada de gestação. Justifica-se, outrossim, a criação e a crioconservação, para a possibilidade de o casal vir a querer, mais tarde, ter mais algum filho.

Portanto, os embriões chamados excedentes ou supranumerários recebem tais qualificações, pois ao verificar-se que não apresentam desenvolvimento normal, tornam-se inviáveis à transferência, ou como a segunda denominação bem sugere, eles podem ultrapassar o número aconselhado à implantação e, em outra hipótese, servirão para uma implantação futura.

²⁶ A gestação múltipla, também representa motivo para que se congelem os embriões supranumerários. Elas geram uma ordem de complicações para a mãe e para os fetos gêmeos, como o nascimento prematuro, por exemplo, causando uma outra infinidade de problemas. A Resolução do CFM 1.358/92, I, 7, dispõe que em "casos de gravidez múltipla, decorrentes do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária".

²⁷ O termo embrião, geralmente, é utilizado para designar o produto da concepção, durante as primeiras semanas de vida, reservando-se o termo feto para designá-lo no período subsequente. Quando for utilizada a palavra fecundação, leia-se concepção, porquanto possuem o mesmo significado.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS.

Inúmeras situações resultantes do uso das técnicas de reprodução humana artificial poderão adentrar na seara jurídica. Por exemplo: diante da implantação de um embrião *post mortem*, como ficará a presunção legal de filho concebido na constância do casamento? Como ficará a questão sucessória²⁸? O que se fazer, se após a fertilização, o casal se arrepender, desejando o aborto ou tendo a vontade de abandonar a criança? No caso de morte ou divórcio dos pais, o que se fazer com os embriões congelados?

Adverte Heloísa Helena Barboza, que no campo da biomedicina, atualmente, a cada momento, constata-se a insuficiência dos conceitos tradicionais. Quando, por exemplo, há utilização do corpo de mãe substituta para proceder-se à gestação, "será razoável admitir-se uma relação contratual, ainda que a título gratuito? Se esta, na verdade, não precisa de qualquer tratamento, atendendo o interesse dos beneficiados, em que nível e a que título esses respondem?"²⁹

Apenas alguns exemplos já bastam para se demonstrar qual a perplexidade para o mundo do Direito, referente às técnicas de reprodução humana assistida.

De fato, vê-se que o Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, o qual, após muitos debates e emendas, tornou-se a Lei nº 10.406/2002 (atual Código Civil Brasileiro), começou a ser elaborado antes mesmo de o primeiro bebê de proveta vir ao mundo.

²⁸ Sobre a questão sucessória, Álvaro Villaça AZEVEDO (Ética, direito e reprodução humana assistida. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 85, n. 729, p. 45. jul. 1996), reportando-se a um caso, noticiado pela Folha de São Paulo (03.01.1993), de uma noiva que queria ser inseminada com o esperma congelado de seu noivo já morto. O autor coloca a seguinte indagação: "Será esse eventual nascituro herdeiro do noivo falecido? Em verdade, ficaria ele excluído da herança, porque não pode competir com os herdeiros, se houver, de seu pai pré-morto à sua concepção, por iniciativa de sua futura mãe. Nem há que falar-se, no caso, em retração de efeitos, pois eles não podem existir antes da concepção". Somente esse caso já afirma o desajuste entre as situações originadas do uso das técnicas de reprodução humana e a ordem jurídica vigente.

²⁹ BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 19, 2º semestre/2000. Rio de Janeiro: Dinigraf, 2001, p. 108.

De lá para cá, essas técnicas evoluíram muitíssimo, porém não se pode falar que o direito positivado acompanhou tal avanço. Tanto é assim, que a referida Lei, regulamenta a reprodução humana artificial em alguns poucos artigos, cuidando mais dos aspectos atinentes à filiação, não tendo abarcado muito do que se tem para ser normatizado.³⁰

Entretanto, é necessário que os juristas estejam de olhos abertos e com bastante empenho para a discussão e regulamentação de tal tema. Como ressalta João Álvaro DIAS³¹, essas técnicas se desenvolveram tão rapidamente e com "proporções tais, envolvendo valores que radicam no que há de mais essencial no homem e potenciando conseqüências de tamanha gravidade, que tornam insustentável o vazio legislativo reinante e a estupefacta passividade dos poderes públicos".

Mais adiante, ele reitera a necessidade de regulamentação correlata ao tema, citando Fernando SANTOSUOSSO, para quem "a intervenção é exigida justamente pela própria necessidade de tutelar as linhas essenciais desse instituto, no quadro de valores que são ainda comungados pela maioria da comunidade", e "quando o legislador se abstém de intervir para regular factos humanos está, por isso mesmo, a fazer uma escolha de valores"³².

No mesmo sentido, José de Oliveira ASCENSÃO³³ ao tratar do tema afirma a necessidade de reformulação do sistema jurídico, "porque direito é fato, norma e valor. Alterado radicalmente o fato, a norma não pode deixar de sofrer alteração, à luz dos valores."

³⁰ Por óbvio, não teria sentido inserir-se nessa categoria normativa, dispositivos que esgotassem o tema sobre a reprodução humana assistida, pois tais questões transbordam o campo jurídico, alargando-se por outros domínios, a exemplo da Bioética. Essas questões mais intrincadas pertencem a uma esfera, na qual a legislação especial se impõe como a mais apropriada. Veja-se REALE, Miguel. *Tramitação do Projeto*. In: _____. **Visão geral do projeto de código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-21.

³¹ Loc. cit., p. 27.

³² SANTOSUOSSO, Fernando, **La Fecondazione Artificiale Umana**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 11, mencionado por João Álvaro DIAS, id.

³³ Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 328. p. 71, out./nov./dez. 1994.

Inobstante tantas inquietações, uma grande gama de juristas vêm se interessando pelo tema, e como salientou Eduardo de Oliveira LEITE, em brilhante conclusão, "isto já é válido na medida em que tal atitude contribui à construção solidária e democrática, pela comunidade, de uma 'ética da vida', ou daquilo que Volnei GARRAFA chamou de 'Estatuto da Vida'.³⁴

Problema maior, que demonstra quão complexo se revela o tema referente às técnicas artificiais de reprodução, é o fato de que as posições doutrinárias variam muito. Assentam-se elas: ora, na repulsa total ao instituto da fertilização assistida; ora na necessidade de sua regulação legislativa, no presente ou no futuro, globalmente ou por etapas; ora na necessidade de sua estimulação, para solucionar problemas dos interessados.³⁵

É que em torno da questão sobre o avanço da biomedicina, inclusive o relacionado à procriação humana, gravitam muitos problemas morais, éticos, religiosos e jurídicos. A grande maioria, dependentes de reflexões complexas, envolvendo a discussão e revisão de valores que se apresentam ora com aspecto universal, ora com aspectos locais e culturais.

É cediço que, em geral, as posições éticas, morais e religiosas apresentam-se diluídas em determinados contextos. O Direito, por sua vez, possuindo uma dimensão mais ampla, reflete aquilo que se considera como: o mais razoável, o mais legítimo, o mais justo.

Muito embora, a ética, a moral e a religião, digam respeito a concepções relativas aos vários grupamentos sociais, vê-se que a Bioética, neste limiar de milênio, tem-se mostrado como uma esperança de novo diálogo multicultural e interdisciplinar. A chamada "ética da vida" pode ser definida como o conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas,

³⁴ O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

³⁵ Para Álvaro Villaça AZEVEDO, loc. cit., p. 44-45, a reprodução humana assistida demanda uma legislação própria, a fim de que "se evitem abusos". O autor se posiciona contra a produção de embriões excedentes.

suscita a questão da luta em defesa da vida, em sentido mais amplo e global possível. Sendo que, prioritariamente, "tem como ponto fulcral a dignidade do ser humano, na defesa dos seus direitos, promoção de saúde e justiça social"³⁶.

Não de modo diverso, a mais nova disciplina jurídica, denominada Biodireito, também trouxe contornos universais às discussões em torno das técnicas artificiais de reprodução humana. Como bem coloca Judith MARTIN-COSTA, lembrando a percepção do jusfilósofo Vicente Barreto, tal disciplina tem como fundamento a idéia kantiana de um "direito cosmopolita". Aquele que pode ser identificado como "norma de uma comunidade planetária", impondo-se por meio de sua racionalidade, tendo fundamentação ética.³⁷

Essa visão torna-se relevante na discussão sobre os problemas gerados pela procriação humana artificial, mormente no que concerne ao destino dos embriões excedentes, pois provoca questionamentos mundialmente preocupantes.

Nesse sentir, o nosso Direito deve ser analisado e reavaliado, tendo-se em conta os princípios jurídicos constitucionais e internacionais, pois o tema, que há muito vem sendo discutido pela comunidade internacional, possui íntima ligação com o futuro da humanidade³⁸, indo de encontro à infeliz realidade na qual: sacraliza-se a ciência e coisifica-se a pessoa humana."³⁹

³⁶ Segundo Maria Helena DINIZ (**O estado atual do biodireito**, p. 1-20) essa seria a definição de bioética. A esta, ainda, refere-se como o "estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científico e tecnicamente possível". Para Volnei GARRAFA, a "bioética significa a ética aplicada à vida e se apresenta como a procura de um comportamento responsável da parte daquelas pessoas que devem decidir tipos de tratamento, pesquisas ou posturas com relação à humanidade". Ele, ainda, faz um alerta a realidade de que fica, a cada dia, "mais difícil a manutenção do equilíbrio entre o processo biomédico e os direitos humanos" (Bioética, responsabilidade e solidariedade. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, v. 19, n. 5, p. 164-166, jun. 1995).

³⁷ A universidade e a construção do Biodireito. In: **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 237-238, jul. 2000.

³⁸ Segundo Maria Helena DINIZ, op. cit., p. 486-487, o "avanço da ciência, por levar à autodestruição da humanidade, não poderá ficar sem peias. Não se está combatendo o progresso técnico, mas não se pode olvidar que o direito pressupõe o valor e não apenas o científico. Necessário será regulamentá-lo, minuciosamente, restringindo-o na medida do possível."

³⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Procriação Humana. Discensos e Consensos no Movimento Social da Bioética na América Latina. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, a. 21, v. 21, n. 1, p. 24, jan./fev. 1997.

3.1 O USO DAS TÉCNICAS ARTIFICIAIS DE REPRODUÇÃO: DESAFIO ÉTICO-JURÍDICO

3.1.1 O Direito e o dilema sobre os embriões excedentes

Consoante a lição de Eduardo de Oliveira LEITE⁴⁰, na França, 8% dos embriões congelados não são reclamados pelos seus pais. Quanto ao futuro deles, os casais optaram pela destruição dos embriões (6%); ou pela doação a casais estéreis (2%).

LEITE, ainda, relata que em dezembro de 1990, cerca de quase 7 mil embriões aguardavam transferência nos diversos CECOS (Centros de estudos e conservação de ovos e espermatozoides humanos) franceses. Sabe-se, hodiernamente, que 5 mil embriões encontram-se nesta mesma situação, no Brasil.⁴¹

Há quem noticie a produção de embriões supranumerários para seu uso como reservas de órgãos e tecidos, de modo a auxiliar nos tratamentos de distúrbios neurovegetativos, tais como o mal de Parkinson⁴². Não só com esse escopo, mas como relata Eugenio CALLIOLI⁴³:

dois médicos ingleses pediram autorização a seu governo para proceder à implantação de embriões humanos em animais; autorizou-se, recentemente na Suécia, a experimentação de fecundação de gametas humanos com os primatas; fala-se na manipulação da dotação genética de cada ser humano; utilizam-se embriões como matéria-prima para a indústria cosmética etc

No Brasil, como alertou Nilson Donadio, os médicos brasileiros não seguem as recomendações internacionais do Parlamento Europeu para congelamento de embriões, pois este determina que não haja desperdício de

⁴⁰ Loc. cit., p. 63-64.

⁴¹ Fonte: Programa Fantástico, Rede Globo, de 18.05.2003.

⁴² CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 208.

⁴³ CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da fecundação artificial "in vitro". **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 12, n. 44, p. 79, abr./jun. 1988.

embriões, devendo resultar a formação de no máximo três embriões. Aqui, os médicos costumam a criar em torno de cinco embriões, mesmo que somente 50% deles sobrevivam.⁴⁴

Muitas legislações permitem que os casais rejeitem seus embriões criopreservados. Daí que podem optar pelos seus destinos: doação para pesquisas, adoção por casais inférteis, ou a simples destruição.

Como anota Maria Celeste Cordeiro dos SANTOS, por indicações éticas e legais, as clínicas têm instalado *backups* de nitrogênio líquido para garantir a sobrevivência dos embriões no caso de desastres. Ainda assim, somente 75% deles resistem aos processos de congelamento e descongelamento.

Segue-se uma ordem de indagações: A quem pertencem os embriões? Poderá haver disposição sobre eles, livremente? Poderão ser destruídos? Poderão ser destinados a experimentações? Pode-se comercializar embriões? Seria justo e humano mantê-los infinitamente congelados? Tratam-se de pessoas?

Alberto TRABUCCHI fez uma observação, em uma época, na qual não havia tanta preocupação com a biotecnologia e engenharia genética, quanto hoje se revela, mas antevendo situações que poderiam gerar implicações jurídicas, disse que: " Il giurista non può studiare la materia senza tener presenti le più vaste possibilità che derivano dalle moderne tecniche applicate nel campo più delicato e riservato della genetica umana."⁴⁵

Muito embora não se tenha noticiado algum precedente jurisprudencial⁴⁶ brasileiro, pertinente ao assunto ou com notória relevância, já existiram situações que subestimam a imaginação dos juristas. Tratam-se de casos concretos, ocorridos

⁴⁴ BARBOZA, Heloísa Helena, **A filiação em face...**, p. 11.

⁴⁵ Inseminazione artificiale. In: **Novissimo Digesto Italiano**. v. 8. Torino: UTET, 1957, p. 732.

⁴⁶ O que se logrou com a pesquisa para realização desse estudo, contudo, não tendo muita conexão com o tema em tela, é um julgado envolvendo responsabilidade civil diante da negligência do médico que tratou um paciente submetido a uma cirurgia de varicocele, a fim de eliminar a possibilidade de infertilidade, vindo a falecer por infecção, dias após a internação. Apelação Cível nº 592020846, in **Revista de Jurisprudência do T. J. R. G. S.**, n. 158, p. 214-222, jun. 1993.

em diversos países, os quais demonstram que as reflexões, que as preocupações dos juristas brasileiros sobre os problemas éticos e jurídicos da atual biotecnologia reprodutiva, não estão longe da realidade.

3.2 CASOS CÉLEBRES: DESTINO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

3.2.1 Caso Del Zio

Já em 1976, antes mesmo do primeiro sucesso em tentativa de fertilização *in vitro*, o tribunal de Nova York deparou-se com o caso Del Zio v. Presbyterian Hospital⁴⁷.

Após vários anos sem conseguir engravidar, sofrendo de obstrução nas trompas de falópio, Doris Del Zio e seu marido, em 1973, dirigiram-se ao Laundrum Shettles, hoje conhecido como Columbia Presbyterian Medical Center (Presbyterian Hospital). Lá, o Dr. Shettles aconselhou o casal a tentar a gestação através da FIV. Após determinar-se o ciclo ovulatório da senhora Del Zio, o médico submeteu-a a uma cirurgia para extração dos óvulos maduros, que mais tarde foram misturados ao espermatozoides do senhor Del Zio e mantidos em incubadora. Raymond Vande Wiele, diretor do hospital, que à época condenou a prática como eticamente inaceitável, retirou a mistura da incubadora e a destruiu. Esse é o primeiro precedente de destruição de embriões gerados *in vitro*. Para o casal, Wiele havia cometido assassinato. Eles receberam 50 mil dólares, a título de indenização, pelos danos emocionais sofridos.

3.2.2 Caso Rios

Outro caso atinente às técnicas de procriação artificial ocorreu em 1981.

⁴⁷ 74 Civ., 35688 (S. D. N. Y., 1978). Cf. DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida...**, p. 267.

Um casal milionário de chilenos, após a morte de sua única filha, dirigiram-se à Melbourne para se submeterem à FIV. Comumente, àquela época, a primeira tentativa de gestação restou fracassada. Sendo procedimento desgastante, o casal resolveu voltar para o Chile e aguardar a recuperação emocional da paciente. Elsa Rios. Porém, na volta para o seu país, morreram em acidente aéreo, deixando os dois embriões órfãos.

A solução encontrada para o destino desses dois embriões foi buscada na lei australiana. Segundo esta, o embrião só é considerado propriedade dos pais, após a implantação no útero. Perante esta lacuna legislativa, o Parlamento da Austrália decidiu que os dois embriões poderiam ser adotados, excluídos os direitos hereditários em relação aos pais biológicos.

3.2.3 O *Dilemma over frozen babies*

Uma outra situação ocorreu na Inglaterra, país onde nasceu o primeiro bebê de proveta. O jornal *The Times*, mundialmente conhecido, em 1996, publicou uma reportagem com a seguinte manchete *Dilemma over Frozen Babies*⁴⁸. O "dilema sobre bebês congelados" deu-se em decorrência de a legislação britânica permitir a adoção ou a doação para pesquisas dos embriões sobressalentes, desde que os pais consentam, sendo possível a criopreservação por no máximo cinco anos. Ocorreu que, esse prazo estava chegando a seu termo e não havia autorização dos

⁴⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 114-115.

pais de cerca de novecentos⁴⁹ embriões. Inexistindo permissão, os embriões não poderiam ser doados para pesquisas, então, restaram duas alternativas: adoção ou descarte. O dilema foi resolvido em 1º de agosto de 1996. Apesar de protestos da Igreja Católica e da proposta de mais de cem casais italianos oferecendo-se para adoção dos embriões, eles foram destruídos em Bourn Hall, a mais antiga clínica britânica especializada em fertilização *in vitro*. Peter Brinsden, médico-diretor de Bourn Hall confessou "que o ato não foi agradável: ninguém queria ver bebês saudáveis sendo exterminados". Juristas pró-vida consideraram essa lamentável episódio como genocídio⁵⁰.

3.2.4 Caso Frisina

Em outra jurisprudência norte-americana, aqui, denominado por "Caso Frisina", foi levado ao tribunal superior do Estado de Rhode Island. O casal Frisina foi em 1992 submetido ao processo da fertilização *in vitro*. Foram gerados treze embriões, dos quais apenas quatro foram transferidos para a mãe, Carol Frisina. Os nove embriões restantes foram congelados. Como essa primeira tentativa de gestação não logrou êxito, em junho de 1993, o casal retornou ao Women and Infants Hospital of Rhode Island, para uma segunda tentativa de gravidez. Lá, foram informados de que dos nove embriões, somente três estavam disponíveis, visto que

⁴⁹ Maria Helena DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 480, citando Marco Segre, Reprodução assistida e o descarte de embriões, **Diagnóstico**, p. 7, fala em número superior: 5.000 embriões. Acrescenta que também surgiu a proposta de se inserirem 4 embriões por útero, em 1.250 voluntárias, todas elas em fase pré-menstrual, para que a própria natureza produzisse sua eliminação. Do mesmo modo, o médico e um dos fundadores do Centro de Reprodução Humana (CRH) da Fundação Maternidade Sinhá Junqueira, FRANCO JR., loc. cit., p. 158, relata que, na situação em que o casal não apresenta mais interesse nos embriões excedentes criopreservados, há a possibilidade de implantação destes ao útero da mãe, quando não está em seu período ovulatório. Relata, ainda, que não ocorreu nenhum inconveniente decorrente dessa prática, como uma gestação não desejada. Por fim, justifica que, embora não seja o ideal sob o ponto de vista ético, esse procedimento representa uma alternativa para fazer o embrião retornar à sua origem. No entanto, mesmo que tal prática apresente-se mais eticamente admissível, em verdade não deixa de configurar destruição.

⁵⁰ Maria Helena DINIZ já fala no termo "embrionicídio eugênico", op. cit., p. 479.

os demais haviam perecido com o procedimento de descongelamento. Em 24 de julho de 1995, os Frisina entraram com ação judicial contra o hospital, pela perda e destruição de seus embriões.⁵¹

3.3 IMPLICAÇÕES SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DOS EMBRIÕES *IN VITRO*

A respeito do caso acima, importante salientar um trecho da apreciação, sobre o pedido de julgamento sumário, proposto pelo réu (Hospital), que reitera, mais uma vez, a necessidade de o Direito trazer soluções às situações geradas pelas técnicas de reprodução humana artificial. Sobremaneira, no que diz respeito ao destino dos embriões supranumerários.

A Corte Suprema de Rhode Island, em 30 de maio de 2002, através das palavras do magistrado J. Gibney advertiu que para se solucionar a questão, Rhode Island, antes de tudo, deverá se pronunciar sobre o *status* legal do pré-embrião, para o que, é necessário um novo corpo de lei.⁵²

No mesmo sentir, reiterando a advertência do juiz norte-americano, ao tratar do tema, Monica Sartori SCARPARO⁵³ assim conclui:

Sendo consequência direta dos procedimentos a serem adotados na fertilização assistida, o embrião deverá ser protegido quanto ao momento de definição da sua personalidade jurídica, quanto à sua significação como ser humano e quanto a sua integridade física, ainda que gerado extracorporeamente. Lacunas ou deficiências jurídicas nesse sentido abrirão o sério risco de que ele possa vir a ser reduzido em seu próprio direito à preservação, ao desenvolvimento e à vida, podendo inclusive ser coisificado e utilizado para quaisquer fins, já que ficará à mercê das decisões aleatórias a serem tomadas pela engenharia genética.

⁵¹ Em 1995, o programa conduzido por Ricardo Asch, precursor da técnica GIFT, foi finalizado pela Universidade da Califórnia, devido às suspeitas de que ele maltratava embriões congelados, transportando-os de clínica para clínica.

⁵² Original: "...that since the legal status of the pre-embryo is unresolved in Rhode Island, the creation of a new body of law to resolve the issue, is required (...)". Em outras passagens o Juiz Gibney confessa ser difícil enquadrar os embriões, se como pessoas; ou como coisas, sendo propriedade dos genitores. A decisão sobre o pedido de julgamento sumário uniu casos idênticos, em espécie litisconsorcial dos casais Frisina, Lamontagne e Doyle contra o referido hospital, sendo respectivamente, C.A. N° 95-4037, 95-4469 e 95-5827.

⁵³ **Fertilização assistida...**, p. 39.

Vale a pena destacar, ademais, que "exatamente porque o embrião é humano e se inscreve, quer na sua origem, quer no seu destino, no interior de uma história especificamente humana, o estatuto do embrião humano, nunca foi tão debatido, tão questionado e tão contestado como no momento atual. Ainda mais, na época em se vive, pois o natural é substituído pelo artificial. "Privilegia-se a coisa e o animal em detrimento do homem".⁵⁴

É que, em princípio, a proteção se estende àquilo que se considera como pessoa, ou seja, quando há um reconhecimento legal de que se possui personalidade. E, a necessidade do respeito à dignidade do embrião, seja ele o nascituro, ou aquele que nem mesmo está em vias de nascer, como os embriões produzidos em laboratório e congelados, os excedentes, dependerá da concepção relacionada ao seu *status*. E a determinação deste está ligada à idéia do que é a vida e de quando ela se inicia.⁵⁵

Como enfatiza Eduardo de Oliveira LEITE, a "questão do destino a ser dado aos embriões excedentes depende diretamente da extensão atribuída ao conceito de nascituro, em uma perspectiva puramente jurídica. Quer dizer, é fundamental que se determine se o embrião é ou não um nascituro".⁵⁶

Por isso mesmo, o presente estudo irá se deter na discussão sobre a seguinte questão: o embrião é ou não dotado de personalidade, em seu sentido jurídico? Se a conclusão for no sentido positivo, deverá haver, necessariamente, interferência jurídica para assegurar-lhe a devida proteção.

Entretanto, antes, impende tratar a concepção de personalidade, expondo

⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 179. A propósito, outrossim, Ricardo Luis LORENZETTI: "Atualmente surge uma série de problemas que envolvem a pessoa antes de nascer, durante esse período, e sem que seja relevante o nascimento com vida. A intervenção genética é o grande tema que ocupa o mundo jurídico neste período pré-nascimento, e obriga a definir o *status* jurídico do *nasciturus*.", **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 468.

⁵⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, **Equilíbrio do pêndulo...**, p. 157.

⁵⁶ Loc. cit., p. 384.

a construção sobre tal conceito. Para este fim é dedicado o próximo capítulo, o qual cuidará, ainda, das correntes doutrinárias acerca da personalidade do nascituro e sobre o início da humanidade, pois as duas se entrelaçam, como se verá.

4 OS EMBRIÕES GERADOS E CONSERVADOS *EXTRACORPORE* E A INSUFICIÊNCIA DA MOLDURA JURÍDICA TRADICIONAL

4.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE PERSONALIDADE

4.1.1 A construção do termo *persona*: influência no sistema do Código Civil brasileiro

A expressão *persona* é utilizada, hodiernamente, para indicar a participação do homem como ator no mundo jurídico.

Segundo Castan TOBEÑAS⁵⁷, *persona* significava, na antigüidade clássica, a máscara que os atores utilizavam em espetáculos teatrais para amplificarem sua voz. Sendo que, "por uma série de transposições" o vocábulo passou a ser utilizado como sinônimo de personagem, significando o papel desempenhado pelo homem nas suas relações sociais e jurídicas. Em outro trecho, o civilista, de forma bastante elucidativa, faz a seguinte distinção:

El concepto de persona, así entendido, parece equivalente al de *sujeto de derecho*, si este último se toma en un sentido abstracto. Pero repárese en que la persona no es sólo sujeto de derecho, sino también de obligación (deberes y responsabilidades). Por otra parte, si se habla de sujeto de derecho, no es un sentido abstracto, sino en una acepción concreta, para significar a quien está investido actualmente de un derecho determinado, el término persona es más amplio: todo sujeto de derecho será persona; pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.⁵⁸

Consoante lição de Elimar SZANIAWSKI⁵⁹, no Direito Romano do Período

⁵⁷ **Derecho Civil Español, Comum y Foral**. t.1. v. 2. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, p. 96 e 97.

⁵⁸ Jose Castan TOBEÑAS, id., explica que a palavra *persona* se reveste de vários sentidos. Em sentido vulgar é sinônimo de homem, acepção que não serve ao direito, mesmo porque nem todas as pessoas são homens. Filosoficamente, o autor lembra a insuperável definição de Boécio de que pessoa é uma substancia individual de natureza racional (*naturae rationalis individua substantia*). Por fim, juridicamente, pessoa é todo ser capaz de direitos e obrigações.

⁵⁹ **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 17-26.

Clássico, o termo *persona* servia para designar o ser humano livre ou escravo. Ele prossegue em seus ensinamentos, relatando que a Idade Média trouxe o conceito moderno de pessoa humana, baseado na dignidade e valorização do homem como pessoa. "Mas a proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo que se desenvolveu na Inglaterra no final do séc. XVII". E, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujos fundamentos se encontram na filosofia iluminista, seguiram-se outras Declarações, dentre elas a mais famosa: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Assembléia Geral da ONU em 1949, a partir do que "passou, a pessoa, a ter garantias de seus direitos fundamentais".⁶⁰

Resultando dessa construção é que a personalidade, hoje, revela-se como uma qualidade atribuída ao sujeito de direito, fazendo-o titular de direitos e obrigações. Ela serve como pressuposto para a concreta titularidade das relações, correspondendo à capacidade jurídica. Assim, a personalidade, entendida como subjetividade, é uma abstrata idoneidade para ser titular de direitos e obrigações e sua medida, que lhe confere contornos, é a capacidade jurídica.⁶¹

Com fórmula muito precisa PONTES DE MIRANDA⁶² conceitua:

Sujeito de direito é a *pessoa*. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. (...) a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível *estar* nas

⁶⁰ Antonino SCALISI, **Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità**, Milano: Giuffrè, 1990, p. 3-4, nota que a Revolução Francesa influenciada pela doutrina jusnaturalista "ha segnato per la tutela della persona umana una svolta storica e significativa", no entanto, "il codice napoleonico che rappresentava il naturale prodotto della Rivoluzione no dettava alcuna disciplina dei diritti della personalità e codice quale era – come è stato da più parti evidenziato – più del "patrimônio" che dei "diritti della persona".

⁶¹ Na lição de Alberto TRABUCCHI, em **Istituzioni di diritto civile**. 37^a ed. Padova: CEDAM, 1997, p. 65.

⁶² MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 161.

relações jurídicas como sujeito de direito.⁶³

José Antônio Peres GEDIEL, explica as origens dessa visão, trazendo a expressão usada por Celso LAFER: "erosão do paradigma do Direito Natural". Leciona GEDIEL, com empenho, que a "lenta superação da noção jusnaturalista de direito subjetivo, pelo Iluminismo, provocou mudanças radicais no pensamento jurídico do final do século XVIII e do início do século XIX, e permitiu retomar, com roupagens modernas, a idéia medieval que a ordem jurídica, agora contratualizada, é anterior e superior ao homem e este dela não pode prescindir." Continua ele, relatando que essa realidade se iniciou com os processos de secularização e positivação dos direitos, por razão das revoluções da classe burguesa e das Declarações Universais de Direitos, o que acabou por sedimentar "o desaparecimento do valor essencial do homem para os juristas".⁶⁴

Ausente a compreensão do valor de pessoa humana pelo ordenamento jurídico, sobretudo na seara do Direito Civil, pondera Erouths CORTIANO JUNIOR⁶⁵, que "o exacerbado positivismo pode declinar por um caminho que lhe abra portas para dizer quem tem, ou quem não tem, personalidade, assim excluindo do mundo jurídico, através da despersonalização, indivíduos que não lhe sejam úteis. Por conseguinte, poderá atribuir dignidade a quem lhe aprouver".⁶⁶

Judith MARTINS-COSTA lembra que o discurso jurídico é sempre conotativo. Pessoa, sujeito e personalidade são vocábulos que possuem distintos

⁶³ Castan TOBEÑAS, loc. cit., p. 100, alerta para não confundir-se os termos pessoa e personalidade. Se pessoa é todo ser capaz de direitos e obrigações, personalidade significa a aptidão para ser sujeito, ativo ou passivo, de relações jurídicas. "Se es persona; si tiene personalidad".

⁶⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invensão moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 45-52.

⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Curitiba, 1993. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 12.

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. In: **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 232, jul. 2000. Observa Adriano DE CUPIS, que o ordenamento é árbitro na atribuição da personalidade. Esta, se não identificada com os direitos e obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, seu fundamento e pressuposto. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se estiver revestido da qualidade "pessoa" (**Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 14-15).

sentidos no tempo e no espaço. Assim é que o discurso Pandectista do século XIX fez a idéia de "pessoa" e de "personalidade" submergirem, ao passo que a idéia de "indivíduo" e o conceito técnico de "capacidade" tornaram-se proeminentes. Fundiram-se os sentidos de "ser pessoa" com o de "ser capaz de contrair direitos e obrigações". Em outras palavras, como sugere a jurista, "instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica de mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do direito".⁶⁷

Essa visão sobre a personalidade influenciou não só as codificações europeias da época (século XIX), mas também o Código Civil brasileiro do início do século XX, vindo a influir, ainda, na construção jurídica do novo Código Civil de 2002. Portanto, a acepção tradicional do que vem a ser "pessoa" não é uma realidade natural, posto que representa construção jurídica criada pela Ciência do Direito.⁶⁸

Citando DE CASTRO, José Castan TOBÉNAS critica essa teorização que faz a associação entre pessoa e sujeito de direito. Tal identificação incorre em um círculo vicioso, pois à pergunta "quem é pessoa?", responde-se "o capaz de direitos e obrigações"; e à pergunta "quem é capaz de direitos e obrigações?", diz-se "a pessoa".⁶⁹

Conquanto tal julgamento, é a partir do entendimento clássico de "sujeito de direito" que as referidas codificações pátrias apontam para três estatutos ou

⁶⁷ Loc. cit., p. 234.

⁶⁸ Da mesma forma, a *pessoa física* não é um indivíduo, mas "unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo.", **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 141 et seq., apud SANTOS, **Equilíbrio do pêndulo...**, p. 150-151.

⁶⁹ **Derecho civil de España**. t. II, v. 1, p. 29, apud TOBÉNAS, **Derecho Civil Español...**, p. 99.

categorias⁷⁰ centrais: pessoa natural, nascituro e prole eventual, que serão tratadas a seguir.

4.1.2 Os embriões e as categorias criadas pelo direito civil positivado

O art. 2º do Código Civil, assim dispõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". O Código Civil de 1916 possuía redação quase idêntica no seu art. 4º, visto que ao invés de "pessoa", o antigo texto falava em "homem".⁷¹

Leciona Jussara MEIRELLES:

O ordenamento civil brasileiro, com fulcro nos fundamentos basilares das codificações do século XIX, estabeleceu uma categoria jurídica abstrata a que designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra-se a condição necessária para que o ser humano seja considerado sujeito de direito. A própria doutrina brasileira tradicional, na esteira das disposições codificadas bem como movida pela pretensa segurança que as mesmas aparentavam, passou a asseverar, com límpida nitidez, que a titularidade de direitos e a personalidade apresentam estreita vinculação.

Com clareza define Francisco AMARAL: "Pessoa natural ou física é o ser humano como sujeito de direitos e deveres"⁷². Consoante TEIXEIRA DE FREITAS, tais denominações são incorretas, dever-se-ia usar a expressão "pessoas de existência visível", porque pessoa natural ensejaria a idéia de que existem pessoas "não-naturais", pois, para ele, naturais também são os entes criados pelo espírito humano aos quais atribui-se personalidade. Por outro lado, também, não é exato falar-se em pessoa física, visto que o homem é dotado de corpo e espírito, caso se considerasse somente o seu aspecto físico, o homem seria equiparado a um animal,

⁷⁰ Jussara MEIRELLES (**A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.47), justificando-se através de André LALANDE, (**Vocabulário técnico de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 142), aponta para o termo "categoria" para indicar "conceitos gerais com os quais um espírito – ou um grupo de espíritos – tem o hábito de relacionar os seus pensamentos e os seus juízos", o qual será da mesma forma utilizado nesse texto.

⁷¹ LIMONGI FRANÇA lembra que o nascituro significa *spes hominis*, isto é, simples esperança de pessoa, conforme a redação do art. 4º, in *fine*, do Código Civil de 1916, in **Manual de Direito Civil**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 127.

⁷² **Direito Civil: introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 209.

assim é que "só como tal não seria ente jurídico, porque não seria suscetível de adquirir direitos".⁷³ Partindo-se, pois, do disposto no art. 2º do Código Civil, pessoa natural seria, então, a pessoa já nascida com vida⁷⁴.

A segunda parte do referido dispositivo, prescreve que, antes mesmo do nascimento, a lei assegura proteção aos direitos do nascituro. Como bem define Rubens Limongi FRANÇA: "nascituro é a *pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno*."⁷⁵ Esta é uma das categorias criadas pela codificação civil brasileira no que se refere à personalidade. Com raízes no Direito Romano, o conceito de nascituro é o de pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, isto é, *in anima nobile*.⁷⁶

Por fim, denomina-se "prole eventual"⁷⁷ o ente humano futuro, o *nondum conceptus*⁷⁸. Seguindo, sempre, a idéia clássica de sujeito de direito (o respeito ao

⁷³ Augusto Teixeira de FREITAS. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 20, apud OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no *Esboço* de Teixeira de Freitas. Superação e permanência. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**. Padova: CEDAM, 1988, p. 349.

⁷⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Do início da personalidade natural. In: _____. **Manual de Direito Civil**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 126, explica que o nascimento é a "*separação do filho das vísceras maternas*. Pode ser natural ou artificial. (...) O elemento *vida*, que deve acompanhar o nascimento, parece caracterizar-se pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Basta um só instante de vida e a personalidade estará caracterizada". Acrescenta, ainda, que "de acordo com a etimologia do vocábulo (de *nasciturus-a-um*) é aquele que há de ou deve nascer. Distingue-se da *prole eventual*, também protegida pelo direito (Cód. art. 1.718, *in fine*) e a diferença específica, à face da ciência jurídica, está no fato de ser o nascituro o ente já concebido"

⁷⁵ Id.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, loc. cit., p. 173, com propriedade, esclarece que: "O parto sem vida pré-exclui qualquer efeito *por diante*; e o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no preciso sentido jurídico, o *infans conceptus* é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, irradia eficácia. Com os elementos desse suporte fático, *mais* o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa. As noções de ficção, de substituição, ou de retroatividade, são, aquelas, supérfluas, e essa, errada."

⁷⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 37. Art. 53. "Compare-se este artigo com os arts. 33 e 34, e com as disposições do Cap. 3.º, § 1.º, deste Tit. onde se trata da existência antes do nascimento. Quando as pessoas de existência visível são consideradas ainda não existindo (*pessoas futuras*), poder-se -ia dizer que são *pessoas por nascer*. Não é esta a expressão técnica do atual art. 53. *Pessoas futuras* não são ainda pessoas, não existem. *Pessoas por nascer* existem, porque, suposto que não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno — *in útero sunt*. É só quanto a estas que pode ter lugar a representação dada pela lei, no que não há ficção alguma, como aliás nos diz a tradição. Quanto a *pessoas futuras*, é evidente que não há nada a representar — *nihil nullae sunt proprietates*, para indicar pessoas que ainda não existem nem nascidas nem concebidas".

⁷⁸ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. loc. cit., p.166.

homem pelo centro de interesses que representa) é que surge a prole eventual, para a qual o Código Civil admite a aquisição por testamento de filhos futuros, ainda não concebidos, ou a doação, no caso de casamento que venha a se realizar.⁷⁹

4.1.3 Nascituro e o início da personalidade jurídica

É possível depreender-se que, ainda hoje, como demonstra o advento do Código Civil de 2002, há uma confusão entre personalidade e capacidade jurídicas⁸⁰. Como já se observou, a redação do art. 4º do aludido *Codex* é quase idêntica àquela do antigo Código Civil de 1916. Ambas conferem a personalidade ao ser humano que nasce vivo, mas protege-lhes direitos desde o momento da concepção.⁸¹

Personalidade e capacidade não podem ser confundidas. É nesse sentir que muitos juristas, ao refletirem sobre o disposto nos mencionados artigos, são levados a crer que, de fato, os nascituros possuem personalidade jurídica desde a concepção, mas quando se exige o nascimento com vida, na realidade, refere-se à capacidade de direito. Assinala Francisco AMARAL que

a personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam. Por outro lado,

⁷⁹ É como dispõe o art. 1799: "Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão"; e o art. 546: "A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiros a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro...". O Código de 1916, em seu art. 1718, possuía redação um pouco diversa em comparação ao referido art. 1799 do CCB/2002: "São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão."

⁸⁰ DE CUPIS explica: "A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas." (Loc. cit., p. 13). Segundo SZANIAWSKI o projeto de Lei 634-B, de 1975, atual Código Civil de 2002, "pecou com grave omissão por não dispor sobre a necessária distinção entre os conceitos de personalidade e o de capacidade de direito", loc. cit., p. 87.

⁸¹ Sobre as inúmeras justificativas da doutrina, a respeito da salvaguarda dos direitos do nascituro expressa no art. 2º do Cód. Civil brasileiro de 2002 (bem como no de 1916), veja-se PONTES DE MIRANDA, loc. cit., p. 174-182.

as pessoas jurídicas têm capacidade de direito e não dispõe de certas formas de proteção da personalidade, representadas pelos chamados direitos da personalidade.⁸²

Interpretando-se as disposições da lei civil, logo, há a proteção dos interesses do ser nascido com vida (pessoa natural), do nascituro (não nascido, mas já concebido no ventre materno), e da prole eventual (não concebida).⁸³ A divergência maior da doutrina é referente ao nascituro, tem ele ou não personalidade jurídica? Desde a concepção? Os autores se dividem.⁸⁴

A "questão da personalidade jurídica do nascituro é puramente de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem e outros que a negam", assim conclui Francisco AMARAL ao tratar do tema.⁸⁵

Explica Elimar SZANIAWSKI, que "a dicção do Código Civil conduziu o intérprete, de um modo geral, a afirmar que o concepturo não seria possuidor de personalidade, pois o ser humano só a adquire após o nascimento, desde que seja com vida." Conclui que essa não é a melhor exegese, visto que o nascituro, constitui ser humano, merecedor de tutela jurídica, e, nesta perspectiva, "é necessariamente portador de personalidade natural".⁸⁶

Todavia, com o desenvolvimento dos métodos artificiais de reprodução humana "mais um elemento se somou aos anteriores", problematiza Jussara MEIRELLES. Segundo ela, ainda, o "avanço científico de tais técnicas possibilitou a

⁸² **Direito Civil: introdução**, p. 208.

⁸³ MEIRELLES, loc. cit., p. 54.

⁸⁴ Para LIMONGI FRANÇA, sobre a condição jurídica do nascituro, a doutrina se divide em duas grandes correntes, com as seguintes orientações: a) desde a concepção há personalidade, com a condição do nascimento com vida; b) a personalidade só se inicia com o nascimento. A primeira, ainda, subdivide-se entre aqueles que se apoiam na idéia de que: o nascituro equipara-se à pessoa jurídica; ou que se trata de "direito subjetivo sem titular concreto"; ou, ainda que é caso de *personalidade condicional* (do Projeto Beviláqua, art. 3º), loc. cit., p. 127.

⁸⁵ Ob. cit., p. 211. E conclui o autor, com propriedade, que: "Falar-se em condição ou em expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade, ob. cit., p. 210.

⁸⁶ O embrião excedente – o primado de direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do projeto de Lei do Senado nº 90/99. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 8, p. 89.. out./dez. 2001. O autor complementa essa compreensão, citando Clóvis BEVILAQUA (**Teoria Geral do Direito Civil**. Ed. Rio, 1976), para o qual é tendência da doutrina brasileira, "de longa data", considerar, o nascituro como "portador de personalidade, um sujeito de direitos."

concepção extra-uterina dos seres humanos, o que obriga a se colocar a questão sob outro prisma, se levada em conta a tradicional classificação apontada anteriormente".

Onde se enquadram os embriões excedentes mantidos congelados, pois, ainda não nasceram, não se encontram no ventre materno estando por nascer, mas já são concebidos? Infere-se que os conceitos clássicos, tratados acima, não são suficientes para alcançar a realidade dos seres humanos concebidos *in vitro*. Contudo, indubitável é a conclusão de que, por possuírem natureza humana, merecem proteção jurídica.

A despeito de existirem inúmeras teorias sobre o início da personalidade e sobre a condição jurídica do *conceptus sed non natus*, pode-se destacar três fundamentais: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.⁸⁷ Muito embora, essas correntes terem origem naquela divergência sobre o início da personalidade do nascituro, elas abrangem a questão que aqui se discute. Melhor dizendo: esses vários posicionamentos que, desde muito antes das técnicas reprodutivas, somente se referiam ao nascituro, hoje, também compreendem a discussão sobre a necessidade ou não de se reconhecer e estender a tutela jurídica aos embriões não transferidos ao útero materno⁸⁸.

Com extrema precisão, acerca das várias correntes sobre o destino a ser dado aos embriões excedentes, Elimar SZANIAWSKI⁸⁹, explica que

as opiniões são conflitantes, fundadas em conceitos éticos, religiosos e filosóficos, cada qual defendendo uma maneira de solucionar o grave problema dos embriões excedentes, podendo essas vertentes de opinião serem resumidas em três propostas. A primeira idéia, simplesmente, propõe a destruição dos embriões excedentes. A segunda corrente propõe a doação desses embriões excedentes para pesquisas científicas e para o emprego destes embriões na fabricação de

⁸⁷ Ou verdadeiramente concepcionista, como preferem alguns doutrinadores, em oposição à da personalidade condicional, que seria também, de certo modo, concepcionista.

⁸⁸ O uso da palavra "mãe" deve ser interpretada no sentido de receptora, a qual será gestante, pois poderá haver a mãe de substituição que é justamente a que sofrerá a gravidez; a mãe biológica, da qual se utilizou o gameta feminino para a fertilização, e a mãe "adotiva", que será a afetiva.

⁸⁹ O embrião excedente..., p. 88.

medicamentos que serão aplicados em técnicas de terapia embrionária. O terceiro grupo de pensadores sugere armazenar os embriões em bancos de gametas aguardando a oportunidade para doá-los para terceiros, para que estes possam utilizá-los em procedimentos de fertilização artificial heteróloga.

Por importante que se revelam, impende-se tratá-las, o que será feito adiante.⁹⁰

4.2 DOUTRINA NATALISTA E A TEORIA GENÉTICO-DESENVOLVIMENTISTA

A doutrina natalista baseia-se na afirmação de que no Direito Romano o nascituro não era considerado pessoa.⁹¹

Essa teoria parte da idéia de antecipação de efeitos, isto é, de se resguardarem os interesses antes do nascimento, desde o momento em que o ser foi concebido, mas somente se nascer com vida, mas não no sentido de condição resolutiva (doutrina da personalidade condicional), porém, com a noção de que a personalidade se efetiva com a condição suspensiva do nascimento com vida.

PONTES DE MIRANDA⁹² denomina a acepção natalista da personalidade como "regra da eficácia antecipada", e a explica melhor do que qualquer outro autor:

No suporte fático da regra jurídica *Nasciturus pro iam nato habetur*, não há inversão de elementos; a eficácia é que se antecipa: antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto incompleto para a eficácia da personalização. (...) O já concebido é suporte fático de "pessoa", que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido.

Para o referido autor, como se infere, o *conceptus* não tem personalidade,

⁹⁰ Como ensina Maria Celeste SANTOS, loc. cit., p. 159, em resumo, são três as correntes filosóficas que predominam na literatura referente ao *status* do embrião. A primeira promove a personificação imediata desde o início da fecundação. A segunda fixa a personificação ao nascer, quando são possíveis a vida independente e as relações humanas e a terceira adota um ponto intermediário: há nesta um reconhecimento gradual do *status* do embrião a determinados estágios do desenvolvimento biológico.

⁹¹ Afirmação que se pode considerar errônea, visto que Pierangelo CATALANO, da Universidade de Roma, em estudos específicos sobre a pessoa e o Direito Romano, veio a desmentir esse argumento dos natalistas. Veja-se ALMEIDA, Silmara Juny de Almeida Chinelato e. Direitos de personalidade. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 38. p. 22, dez. 1992.

⁹² Loc. cit., p. 171.

mas não pode ser equiparado ao nada. É sujeito de direitos que se constituem ao nascimento com vida. Segundo ele, no art. 2º, o Código Civil "põe a salvo" a "aquisição e conservação de direitos". Na verdade, consoante o tratadista, é o processo de formação do ser concebido que "obriga a técnica legislativa a incluí-lo em suportes fácticos de fatos jurídicos de que irradiam direitos, pretensões, ações e exceções", que se tornarão eficazes para o mundo jurídico caso haja nascimento com vida.

Quanto à teoria genético-desenvolvimentista, pode-se fazer uma conexão à doutrina natalista, visto que para os seus adeptos, "o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. Sendo que o embrião humano, ao menos nos primeiros tempos de sua existência, não pode ser reconhecido como uma pessoa humana, mas sim, um mero 'amontoado de células'". Segundo esta visão, o embrião é coisa, porque ainda não se tornou pessoa.⁹³

A teoria genético-desenvolvimentista, obviamente, desenvolveu-se a partir dos notórios avanços da biomedicina. E, ao determinar-se que o desenvolvimento do ser humano é fragmentado, isto é, com fases distintas, pode ele ser valorado de modo diverso nas várias etapas distintas.

Miguel KOTTOW⁹⁴ denomina essa teoria como "teoria evolutiva", porque baseia-se no aparecimento de algum traço morfológico ou evolutivo do embrião, ou, ainda, em alguma fase⁹⁵ determinada do processo de gestação, para atribuir-lhe um "status moral". Segundo seu entendimento, a postura evolutiva que se mostra mais complexa quando "si incorpora el desarrollo de la persona, con sus rasgos de identidad, racionalidad, consciencia de sí, relacionabilidad, y le concede diverso status moral a las diferentes fases de maduración".

⁹³ LEITE, **Os direitos do embrião...**, p. 264.

⁹⁴ KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? In: **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-42, jul. 2001.

⁹⁵ "Como criterio de inicio se há propuesto la anidación, la individuación, la aparición de la cresta neural, el antiguo y ya obsoleto criterio de movilidad fetal, la viabilidad extrauterina, el nacimiento e, incluso, la adquisición de competencia racional en la infancia.", *ibid.*, p. 31.

Adotada e divulgada pela Comissão de Warnock, essa tese criou o termo pré-embrião, para justificar os experimentos em seres humanos, bem como para diminuir a sensação de que as técnicas artificiais de reprodução, principalmente quanto à criogenia, não são agressivas à espécie humana.

Os defensores dessa teoria reconhecem os direitos do nascituro, mas estabelecem a diferença entre o embrião concebido *in vitro* e aquele que está no ventre materno. Nessa linha de pensamento o embrião humano que está no útero da sua mãe, cujo desenvolvimento já possui mais 14 dias, merece proteção jurídica, pois estaria próximo do *status* de pessoa. Entretanto, o embrião com 14 dias de desenvolvimento, mas que está congelado a - 196 °C no laboratório, não é pessoa, nem mesmo equipara-se a pessoa, é coisa, podendo não somente ser objeto de experiências, mas também ser destruído.

4.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL - O EMBRIÃO COMO POTENCIALIDADE DE PESSOA.

É a corrente que reconhece a personalidade desde a concepção, com a condição de o nascituro nascer com vida.

Consiste tal posicionamento, na idéia de que o nascituro adquire direitos e obrigações a partir de sua concepção, entretanto com a condição resolutiva⁹⁶ de nascer com vida. Era a posição defendida por Clóvis Bevilacqua, quando da apresentação do seu primitivo Projeto de Código Civil. Nessa primeira proposta a redação do art. 3º era a seguinte: "A personalidade civil do ser humano começa com

⁹⁶ LORENZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 345.

a concepção, sob a condição de nascer com vida".⁹⁷

Há, de outra parte, a corrente que considera o embrião como potencialidade de pessoa. Ela não posiciona o embrião como "humano", não negando, outrossim, a possibilidade de ele tornar-se "humano". É uma tendência eclética que "visualiza no embrião um estatuto específico e irreduzível que lhe é próprio. O embrião humano é dotado, desde o primeiro momento de sua existência, de autonomia, mas que não é 'humana', como pretende a corrente concepcionista, nem 'biológico', como querem os desenvolvimentistas, mas uma autonomia 'embrionária'." Desse modo, designaram um estatuto específico para o embrião: "ser humano potencial". E, diferentemente da concepcionista, essa corrente considera que, na origem de sua existência, o ser humano corresponde ao nada, mas sendo "potencialmente viável não é ainda inteiramente o que vai se tornar".⁹⁸

Essa posição, ainda, despreza o aspecto biológico da evolução embrionária (importante para a teoria genético-desenvolvimentista), priorizando a

⁹⁷ Vale a pena transcrever o trecho em que PONTES DE MIRANDA, loc. cit., p. 179, afirma não haver argumentos que sustentem a teoria da personalidade condicional: "É de repelir-se qualquer noção de condição. Não há condição nas situações jurídicas do nascituro (arts. 4 e 1.718, *in fine*). Quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva; nem retroatividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima. Os bens passaram ao herdeiro legítimo, ou aos herdeiros legítimos, no dia da morte do testador (*Le mort saisit le vif*): a falta de criança que nascesse viva apenas demonstrou não ter tido eficácia a disposição do testador a favor do *conceptus sed nondum natus*. O momento em que a ineficácia se deu pode ter sido antes do nascimento; a demonstração da ineficácia é no momento do nascimento sem vida. O herdeiro concebido não existiu. Pensava-se que viesse a confirmar-se a suposição de existir e, uma vez que os homens não adivinhavam e é de presumir-se que nasçam com vida os já concebidos, o sistema jurídico *ressalva*, desde a concepção, os direitos do nascituro. Entre presumir-se que nasça morto e presumir-se que nasça vivo, tudo — cálculo de probabilidade, política legislativa, equidade — aconselha a ter-se por mais provável o nascimento com vida. Se erramos, isto é, se nasce morto o concebido, demonstrado ficou que não havia, do lado passivo, quem recebesse a herança. Se o concebido nasce vivo, demonstrado ficou que havia pessoa, e essa se inseriu em toda relação jurídica que se constituiria. *No intervalo entre a concepção e o nascimento*, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja. A ineficácia quanto ao nascituro que nasce sem vida corresponde a eficácia quanto ao herdeiro legítimo ou vice-versa."

⁹⁸ Acrescenta Eduardo de Oliveira LEITE: "Igualmente contrária à tendência da corrente desenvolvimentista, que vê na capacidade meramente física (biológica) do embrião a capacidade de, através de diversas etapas, tornar-se 'ser humano', esta corrente minoriza os aspectos meramente biológicos da evolução e 'responsabiliza' igualmente a mãe (num primeiro momento) e o pai (logo em seguida) pelas chamadas 'prestações múltiplas' que tanto quanto as biológicas, garantem a plena evolução do embrião", (O direito do embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 266-267, jul.1997).

dependência do desenvolvimento do novo ser com relação aos pais. Essa visão, pois, também é chamada de relacional, e seus adeptos entendem que a vida humana se inicia no justo momento em que é assumida uma relação natural entre mãe e filho, gerada pela mulher quando ela se aceita a maternidade.⁹⁹

O respeito à vida humana embrionária, para a teoria em comento, consiste em, colocar nas mãos da mãe os interesses da vida concebida ainda não nascida, pois, como coloca Miguel KOTTOW

ese respeto sólo puede provenir de la mujer potencialmente madre, por ser la única que está calificada para cuidar y fomentar los intereses de la vida naciente. Así, el proceso incipiente e incierto de vida se convierte en un estado de vida humana en el momento que queda incorporado a un proyecto de vida y continúa siéndolo hasta convertirse en la forma específica, individual y racional de ser que es la condición de persona.

Retornando à clássica concepção da personalidade como sendo a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, e de acordo com essa teoria, poder-se-ia pensar em outorgar-se essa qualidade ao embrião *in vitro*. A aquisição de personalidade, por parte deste, estaria subordinada a duas condições. A primeira seria a implantação do mesmo, no útero, uma condição suspensiva, daí que, tornando-se nascituro, para que não se tornem eficazes os efeitos dos direitos a ele estendidos, estaria o nascituro sob a condição resolutiva de nascer sem vida.

Essa acepção, não sujeita a personalidade do embrião *in vitro* a acontecimentos naturais, como a nidação¹⁰⁰, o nascimento com vida, ou a morte. Porém, estaria subordinando a atribuição de personalidade à decisão dos envolvidos na reprodução assistida, se e quando haverá a implantação no útero da receptora.

Como se vê, tal entendimento enfatiza o projeto parental, considerando o desenvolvimento do embrião na dependência arbitrária dos genitores.¹⁰¹

⁹⁹ Miguel KOTTOW, loc. cit., p. 33.

¹⁰⁰ Momento da fixação do ser concebido no útero materno.

¹⁰¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião..., p. 267.

4.4 TEORIA CONCEPCIONISTA

Para a teoria concepcionista o embrião, desde o momento da concepção, já é dotado de personalidade, é, pois, uma pessoa humana em sentido jurídico.

Os adeptos dessa corrente recusam-se a utilizar expressões como: "potencialidade de pessoa" ou "pessoa potencial". Admitem ser o concebido algo distinto da mãe, com autonomia genética-biológica. Da concepção à idade adulta, não há alguma mudança essencial na natureza de cada um.¹⁰²

Para SZANIAWSKI¹⁰³, a doutrina civilista da atualidade, abraça a teoria concepcionista, "a qual advoga a idéia de constituir-se o embrião, desde a fecundação, um ser distinto da mãe, possuidor de uma *autonomia genético biológica*".

TEIXEIRA DE FREITAS defendia a personalidade do nascituro. Nestes termos, ele redigiu o art. 221 do seu projeto de Código Civil: "Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas."¹⁰⁴

Consoante Limongi França "a *doutrina racional é aquela que admite a*

¹⁰² Ibid., p. 263.

¹⁰³ **O embrião excedente...**, p. 90.

¹⁰⁴ Loc. cit., p. 83. Nas palavras dele: "Não concebo (art. 16) que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa. Se se atribui direitos às *peçoas por nascer*, posto que como diz Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são representados no caso do art. 54, dando-se-lhes o Curador, que se tem chamado *Curador ao ventre*, é forçoso concluir, que já existem, e que são *peçoas*, pois o *nada* não se representa. Se os nascituros deixam de ser *peçoas* pela impossibilidade de obrar (nota ao art. 41), também não são *peçoas* os menores impúberes, ao menos até certa idade. É verdade que o Direito Romano não supunha que os nascituros fossem representados, dizendo que não eram pupilos – *non est pupillus qui in utero est* –; mas provinha isto da inútil diferença que faziam entre a *tutela* e a *curatela*. Sem dúvida a curatela neste caso como no caso da ausência (nota aos arts. 129 e 139, n° 5), é mais de bens, que da pessoa; mas, sendo assim, não se segue que deixe de ser da pessoa. Ao contrário, as coisas só por si não seriam suscetíveis de representação pessoal; são representadas como *bens*, isto é, como já sendo objeto de propriedade. (...) Daí conclui Savigny que a capacidade das pessoas por nascer (entenda-se *personalidade*) não é o que determina essas medidas provisórias, mas unicamente aquela presunção. Esta conclusão não é aceitável. O que prova irrecusavelmente que já existe personalidade é o fato em si de se tomar medidas provisórias a bem do embrião, e não a qualidade ou processo dessas medidas".

*condição de pessoa a partir da concepção.*¹⁰⁵

O autor, ainda elenca alguns argumentos em defesa dessa noção:

1) *Filosoficamente*, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico-tomista), o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa.

2) *Juridicamente*, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 7.º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade.

Por derradeiro, cumpre salientar que a doutrina concepcionista considera muitos dos direitos e *status* do nascituro, independentemente do nascimento com vida. Neste rol são incluídos os direitos da personalidade, sendo que apenas os efeitos dos direitos patrimoniais (como a herança, a doação), é que dependem do nascimento com vida.¹⁰⁶

4.5 O DESCARTE DE EMBRIÕES E O ABORTO

Antes de uma reflexão mais aprofundada, ou melhor, analisando-se a questão dos embriões excedentes de forma superficial, relacionando-os ao mundo jurídico, é normal que se associe o embrião à noção de nascituro; e quando se fala no descarte, lembra-se do aborto. Não se pretende discorrer neste trabalho, sobre a controvertida questão do aborto, que, como se sabe, necessitaria de pesquisa e espaço que quedariam em estudo apartado.

¹⁰⁵ Acrescenta LIMONGI FRANÇA, *ibid*, p. 127-128, que "a teoria da *personalidade condicional* é a que mais se aproxima da verdade, mas traz o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá *depois de cumprida* a condição do nascimento. Ora, a personalidade *já existe* com a concepção". Para ele o nascimento tão-somente consolida a capacidade jurídica.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de Almeida Chinelato e. **Direitos de personalidade...**, p. 22-23.

Contudo, indaga-se: é possível equiparar o descarte ou a destruição de embriões crioconservados ao crime de aborto?

Para Sérgio Abdalla SEMIÃO¹⁰⁷, em hipótese alguma pode-se considerar como pessoa o embrião conservado extra-uterinamente. Justifica tal posicionamento porque o Direito Penal trata de maneira diversa o crime de aborto e homicídio. Sustenta que o aborto configura-se com a interrupção dolosa da gravidez, portanto a destruição dos embriões fertilizados *in vitro* não constituiria no aludido crime, visto que não haveria mulher grávida.

Seguindo-se, ainda, sua linha de pensamento, não "havendo pessoa, significa que não há sujeito de direito e assim, pelo menos, em nosso atual ordenamento jurídico, não se pode dizer que o embrião congelado tenha um direito à vida. O *caput* do art., 5º da nossa Constituição Federal não pode abranger os institutos sem personalidade jurídica. Sem personalidade não que se falar em sujeito de direitos. No Direito brasileiro atual, não há direito à vida do embrião vivendo extra-uterinamente".¹⁰⁸

A controvérsia sobre o aborto é decorrente da letra do Código Penal, que

¹⁰⁷ Segue o autor relatando que "esposamos o conceito do embrião congelado como um *status* jurídico novo. Deve ser encarado como um instituto entre a pessoa e a coisa. Absolutamente não é coisa, mas também não é pessoa. Qualquer pensamento diferente, fatalmente, levará ao total sufocamento do desenvolvimento científico da biogenética e a uma nova caça às bruxas, nos moldes da ocorrência durante a Idade Média." (SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 184).

¹⁰⁸ Há muitas teorias, surgidas recentemente, principalmente nos E.U.A, que amparam essa visão sobre os embriões excedentes, posições que os ignoram como humanos, em consequência não os considerando pessoas. A exemplo, essa concepção vai de encontro a dois postulados modernos da Biologia, elaborados por H. Tristram Engelhardt (norte-americano) e Peter Singer (australiano). O primeiro defende a idéia de que os seres que possuem mera vida biológica não têm valor intrínseco, ou seja, não haveria qualquer objeção ao aborto ou à destruição dos embriões excedentes das técnicas de fertilização assistida, porquanto não são capazes de exprimir sua vontade. Para ele, portanto, há uma cisão entre o que significa: "vida humana biológica" e "ser humano". Segundo Singer, "a vida sem autoconsciência não tem valor algum". Assim sendo, não se pode falar na igualdade entre os homens quanto à dignidade, visto que o valor da vida humana é variável. Para Elton Dias XAVIER, as teses acima citadas, apoiam-se em "uma definição imanentista, centrada na dimensão pensante do ser, que se esquece da dimensão física do corpo como constitutiva do ser". Recorda-se o dualismo cartesiano, para o qual o corpo é apenas extensão da *res cogitans*. "Todos os atos humanos, do mais simples aos mais complexos" são dotados de "significado particular". Desse modo, "a personalidade não é no homem algo separado da sua animalidade" (A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**. Brasília, v. 8, n.2, Brasília, julho, 2000, p. 224-225).

em seu artigo 124, dispõe: "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos". Vê-se que, diferentemente do homicídio, o legislador não se preocupou em definir o que significa abortar. Os penalistas definem o aborto como a interrupção da gravidez e a decorrente eliminação do produto da concepção. Deixa-se de configurar tal delito, por exclusão de sua ilicitude: a) quando há necessidade de interrupção da gravidez por ser o único meio de salvar a vida da gestante, chama-se aborto necessário ou terapêutico; b) quando a gravidez decorre de outro crime: o estupro, chama-se de aborto sentimental ou por indicação ética. Justifica-se a licitude desta prática, tendo-se em vista a violência e a estupidez da fecundação.

Destarte, no descarte de embriões concebidos *in vitro* não existem as circunstâncias que configuram o delito aborto, muito menos aquela essencial: a gravidez. Muito naturalmente interpretar-se o dispositivo aludido, vinculando à gestação, porquanto até poucos anos atrás, não se poderia imaginar que a concepção de um novo ser poderia acontecer fora do corpo materno..

Assim, como assevera Heloísa Helena BARBOZA¹⁰⁹:

Admitindo-se que, embora haja *privação do nascimento*, inexistente aborto em face da referida conceituação, resta, todavia, indagar: não há de qualquer forma uma destruição da vida humana, ainda que na etapa inicial de desenvolvimento? Se a ocisão voluntária do conceito *in vitro* não chega a transgredir uma norma jurídica, pelo menos colide frontal mente com a norma social.

Por seu turno, Maria Dolores VILA-CORO¹¹⁰, compartilha da idéia de que o fato de o concebido *in vitro* ser originado através da fusão das células germinativas dos pais, a proteção jurídica deve alcançar esses embriões, independentemente de a fecundação ser extra-uterina, pois se deve pensar como se tivesse ocorrido no ventre materno.

A essa altura, cumpre-se afirmar que se deve fazer a revisão do conceito

¹⁰⁹ A filiação em face..., p. 78.

¹¹⁰ **Introducción a la biojurídica**. Madrid: Servicio de publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1995, p. 122, apud MEIRELLES, Jussara, loc. cit., p. 54.

doutrinário clássico do aborto. Esses embriões não podem ser descartados quando seus pais já conseguiram seu projeto familiar. Como assevera LEITE: "Sem essa adaptação da lei às novas situações geradas pela procriação assistida, o atentado contra a vida do conceito "*in vitro*" permanecerá a descoberto da lei penal por força do princípio do Direito Romano, (...) de que *nullum crime, nulla poena sine praevia lege*".

A alegação de que a diferença de penas entre os crimes de homicídio, aborto e infanticídio apenas indica que não se trata do mesmo delito¹¹¹. Porém, não é recente a discussão sobre a gradação das sanções dos aludidos injustos. PONTES DE MIRANDA, relata que por "muito tempo pensadores gregos, romanos e católicos discutiram se era o caso, ou não, de se distinguir quanto à idade do feto. TERTULIANO e BASÍLIO foram os pelejadores da exclusão de qualquer distinção; aquêle (*Apologética*, IX) era terminantemente: 'Homo est qui est futurus, etiam fructus ominis iam in semine est'."¹¹²

Etmologicamente o aborto significa privação do nascimento. Mas, ao igualar-se tal significado à interrupção da gravidez, como faz o conceito médico-legal clássico, "a destruição voluntária do conceito '*in vitro*' não configuraria o delito em questão por ausência de tipicidade, em que pese ficar reconhecido no agente o *animus necandi* para com o embrião".¹¹³

Para Julio Fabbrini MIRABETE¹¹⁴, ao tratar do tipo objetivo do crime aborto, visualizando a vida como um fenômeno único, lembra que o "objeto material do

¹¹¹ "Assim se expressa Clóvis Bevilacqua no "Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Projectos primitivo e revisto", Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, v. 1, 1902: "Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o direito civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação de aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o carater de pessoa", apud ALMEIDA, ob. cit., p. 30.

¹¹² Loc. cit. p. 173.

¹¹³ Nilo Jorge Rodrigues GONÇALVES. Estudo Médico-Legal da fertilização '*in vitro*'. Tese de Livre Docência., UERJ, Rio de Janeiro, 1988, p. 65, apud Eduardo LEITE, **Procriações artificiais...**, p. 388.

¹¹⁴ Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991, p. 76.

delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto), sendo que a "morte do produto da concepção pode ocorrer no útero ou fora dele".

De acordo com essa interpretação, Nilo Gonçalves conclui: "É incontestável portanto a ocisão dolosa do concepto, ainda que '*in vitro*' representa um ato contra a vida, bem máximo tutelado pelo nosso Código Penal."¹¹⁵

De mais a mais, o Direito Penal não se vincula às instituições do Direito Civil para estabelecer a proteção a ser dada aos diversos bens jurídicos. Assim, não é devido à ausência de personalidade do nascituro, que se permite o aborto. Desse modo, seria incompatível, portanto, o fato de o infanticídio possuir pena minorada (por ser crime privilegiado), quando aquele que nasceu, com vida, já detém personalidade. Ou, ainda, incompatível restaria o Direito Penal e o Direito Civil, relativamente ao fato de, em algumas hipóteses, o homicídio deixar de ser delito, por faltar-lhe a ilicitude (excludentes da antijuridicidade, como a legítima defesa, por exemplo).

Ademais, esse sentir é ilógico. Se o Código Penal não oferecesse alguma tutela à vida do feto humano, teria o considerado como um "nada", por não possuir algum valor. Isto porque, é característica do Direito Penal ser valorativo.

Ora, os casos de "permissão" do aborto, e de "permissão" do homicídio não significam que, amparado no Direito Civil, o Direito Penal venha a estabelecer que bem jurídico é merecedor de sua tutela. Mesmo porque, o Direito Penal não faz não determina que quando se tem dias, meses ou anos, a vida se torne mais ou menos valiosa. A diferença entre aborto, infanticídio e homicídio leva em consideração circunstâncias fáticas distintas e próprias de cada delito. Em síntese: O Direito Penal, independentemente da fase em que se encontre a vida humana, protege-a contra quaisquer atos de agressão, tipificando-os como crimes, impondo sanções aos agressores, em casos injustificáveis.

Partindo-se dessa análise, verifica-se o contrário do que foi exposto no

¹¹⁵ Loc. cit., p. 66.

início dessa discussão. O Direito Penal protege a vida do homem, do bebê; protege a vida recém-concebida. E, com relação a esta, o Direito Civil estaria em falta.

Ademais, a proteção dos embriões concebidos *in vitro*, revela-se necessária, visto que no aborto "a gravidez, se dá como um fato consumado, normalmente involuntário, que entre em colisão com interesses, às vezes legítimos da mãe. Na produção artificial de embriões, o processo é controlável e intencional."¹¹⁶

Portanto, se os dispositivos concernentes ao aborto, presentes no Código Penal brasileiro, estendem proteção à vida do concepturo, independentemente de sua localização extra ou intra-uterina, falta correspondente legislação na seara do Direito Civil. Esta é a que protege os direitos da personalidade, e demonstra-se inadequada perante à nova realidade da vida que é gerada, e que se desenvolve fora do corpo materno.¹¹⁷

4.6 O VALOR PRÉ-NORMATIVO DA PERSONALIDADE

Toda essa questão, independentemente da discussão sobre o início da personalidade do homem, pode ser resumida, simplesmente, na adoção de uma das duas posições sobre a personalidade.

A doutrina civilista, em sua evolução, apresenta duas concepções de pessoa. A concepção formal, que é própria da ciência jurídica positiva, vê a personalidade como uma atribuição ou investidura do direito. Deste modo, homem e pessoa não são coincidentes. A pessoa não significa "ser humano", mas o sujeito de

¹¹⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Imaculada Conceção. Nascendo in vitro e morrendo in machina (Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal Comparado). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 202, mencionada pela mesma em **Equilíbrio do pêndulo...**, p. 152.

¹¹⁷ Para Luigi FERRI (Tutela giuridica del nascituro. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano. a. 34, n. 1, p. 43, mar. 1980), "la struttura predisposta dal diritto civile personalidade la tutela patrimoniale del nascituro resterebbe sospesa nel vuoto se non si basasse sul presupposto della tutela della vita".

direito criado pelo direito objetivo.¹¹⁸

Seguindo-se essa aceção, ao não ser outorgada a personalidade ao embrião *in vitro*, este, como ente despersonalizado, a exemplo, não teria direito a indenização por dano moral, decorrente do caso de homicídio¹¹⁹ de um ou ambos os genitores.

João Álvaro DIAS coloca que

segundo uma concepção estritamente normativista, a pessoa é ela mesma uma qualificação jurídica, que vale nos limites em que é prevista pela norma e para os fins exclusivos da norma. A pessoa não depende de uma determinada realidade natural ou social do sujeito, podendo o ordenamento fixar discricionariamente o momento em que o sujeito humano se torna pressuposto de tal qualificação.¹²⁰

De outra parte, para a concepção naturalista¹²¹, todos os indivíduos humanos possuem personalidade jurídica, visto que ela é inerente à condição humana, como atributo essencial do ser humano (dotado de vontade, liberdade e razão).¹²²

Raymond MARTIN¹²³ faz uma crítica à concepção normativista, no sentido de que a partir de seu posicionamento a pessoa tornou-se uma abstração universal, de modo a confundir-se pessoa com sujeito de direito. Isso fez com que a pessoa, transformada em um simples conceito, encontre-se desligada de si mesma, podendo assim, ser facilmente manejada.

Adverte Jussara MEIRELLES¹²⁴: "Os embriões *in vitro* constituem realidade

¹¹⁸ AMARAL, Francisco, loc. cit, p. 207.

¹¹⁹ Consoante o art. 948, do Código Civil de 2002: "No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima." Relativamente a esse direito a jurisprudência italiana vem negando-o. O fundamento para o não reconhecimento, parte do princípio de que a personalidade inexistente antes do nascimento, (DIAS, **Procriação assistida...**, p. 206).

¹²⁰ Ibid, p. 206-207.

¹²¹ "Reconducibile ad una visione giusnaturalistica è l'affermazione secondo cui i diritti del soggetto trovano fondamento e, per ciò stesso o anche per questo, derivano dalla natura umana", SCALISI, **Il valore della persona...**, p. 12.

¹²² AMARAL, id.

¹²³ Personne et sujet de droit. **Revue trimestrielle de droit civil**. n. 4, p. 791-792. 1981.

¹²⁴ Loc., cit. p. 34.

completamente diferente daquela vivida à época da elaboração do Código Civil Brasileiro, pelo que as disposições codificadas, fundadas em categorias abstratas do direito privado clássico, são insuficientes para reger as novas situações que se apresentam.¹²⁵

E, como bem observa Maria Celeste SANTOS, a "biologia desconhece o que é pessoa, esse termo não é de seu vocabulário técnico. Pessoa é um termo de valorização cultural com pressupostos sociopsicológicos e decorrência ética-jurídica."¹²⁶

Como se pode observar da simplória discussão sobre o aborto, o sistema de direito penal vigente confere proteção ao ser humano concebido. Por isso, é que deve haver a proteção devida ao concepturo, deixando-os serem tratados como coisas. Impõe-se-lhe, em síntese, o reconhecimento de sua personalidade.

Ora, como coloca João Álvaro DIAS¹²⁷,

(...) o certo é que o Direito Civil não pode alhear-se da vida intra-uterina do mesmo modo que não pode pôr margem das suas preocupações o embrião *in vitro*. Impõe-se que assegure a sua existência, proteja o seu livre desenvolvimento e lhe reconheça certos direitos não apenas de natureza patrimonial mas sobretudo de natureza pessoal. É que, em definitivo, se não se reconhecerem ao embrião certos direitos, *rectius* se ele não for havido como sujeito de direitos, então estaremos caídos na velha concepção romanística da 'pars viscera matris' sendo o embrião uma simples parte do corpo da sua mãe. Ou, porventura, nem tanto, se se encontrar fora dele.

Por outro lado, não se pode mais estar vinculado às concepções jurídicas tradicionais sobre a essa qualidade. É necessário, pois, que se entenda a

¹²⁵ Adverte Sérgio FERRAZ, **Manipulações biológicas...**, p. 48, que desde a concepção já existe vida humana a ser tutelada. Tal regra já é "vetusta entre nós, por isso que consagrada no Código Civil, de proteção ao concebido (concepção é a fecundação do óvulo pelo espermatozóide) e ao nascituro *não pode ter significação apenas processual ou sucessória*, à vista dos *princípios constitucionais* de dignidade da *personalidade* humana, do seu desenvolvimento. Sem contar que o *direito à vida* é também garantia constitucional expressa (*caput* do artigo 5º). Convém, ainda, lembrar que ninguém será submetido a tratamento desumano, cruel ou degradante (artigo 5º, inciso III). Só se pode negar a incidência dessas regras tuitivas ao zigoto, ao pré-embrião, ao embrião e ao feto se admitirmos que, em qualquer desses primeiros estágios do homem, ele é uma *coisa sem vida* ou um *animal diferente do homem*".

¹²⁶ **Equilíbrio do pêndulo...**, p. 153.

¹²⁷ **Procriação assistida**, p. 791-792. p. 182.

personalidade como a noção naturalista o faz, com seu valor pré-normativo, com sua existência individual e a decorrente dignidade.¹²⁸

Heloísa Helena BARBOZA:

O embrião, ainda que não transferido, é pessoa, e como tal, mesmo que ainda não investido da capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua 'disponibilidade', a qualquer título. Repugna a idéia de serem utilizados em pesquisas, do aproveitamento de suas células e tecidos para transplantes, pior se especialmente 'cultivados' para tanto. Sendo *pessoa* o ser humano, o indivíduo, a personalidade é a qualidade que lhe é intrínseca, em virtude da qual pode ser sujeito de direito. A capacidade de direito é atributo da personalidade, é a medida desse atributo, a qual lhe confere os contornos. Havendo vida humana, haverá personalidade, gozando de toda a proteção que o direito lhe confere, especialmente no que concerne ao próprio direito à vida e à dignidade, que exige todo ser humano, e que se projeta, mesmo após a sua extinção, no respeito aos mortos. Mas a capacidade de direito, esta sim, poderá ficar submetida ao atendimento de outros requisitos, como a viabilidade e ao nascimento com vida.¹²⁹

Para buscar-se, portanto, a proteção devida aos embriões concebidos in vitro, impende-se reconhecê-los como seres humanos, dotados de dignidade, logo, possuindo, desde o primeiro instante de suas existências, como seres individuais, personalidade, que deve ser reconhecida pelo direito civil brasileiro.¹³⁰

Visando a uma conclusão sobre toda essa discussão, adiante se discorrerá sobre o novo conceito de pessoa, que surge a partir do renascimento do Direito Natural. Eis que, essa noção revela aspectos possibilitando completar a compreensão sobre o tema. Impende-se, ainda, tratar a questão concernente à dignidade humana, cujo valor, expresso nas Declarações jusnaturalistas, foi desconsiderado na construção do direito positivado, porquanto a visão desta corrente sobre a pessoa, em razão da ligação que possuem com a questão dos embriões excedentes, torna-se relevante para justificar a proteção a eles devida pelo

¹²⁸ MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária...**, p. 85.

¹²⁹ BARBOZA, Heloísa Helena, loc. cit., p. 82-83.

¹³⁰ Para Silmara ALMEIDA, há necessidade de que a legislação futura, proteja especificamente o embrião *in vitro* ou crioconservado. Ela propõe que se adote a terminologia "pré-nascituro", pois esses embriões já constituem pessoas *in fieri*, porque são dotados de carga genética própria, loc. cit., p. 21-22.

¹³¹ Em consonância com Constituição Federal de 1988, e de acordo com os valores éticos que dão sentido aos preceitos jurídicos. Assim é que o ordenamento jurídico, criado para e pelo homem , deve, necessariamente, ser construído respeitando-se a ética, (BITTAR FILHO, Notas em sede de teoria geral do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 720, p.349, out./1995).

5. RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE DO CONCEPTURO

5.1 O INÍCIO DA VIDA HUMANA E SUA PROTEÇÃO

Por tudo o que foi exposto no capítulo anterior, depreende-se, portanto, que a noção técnico-jurídica tradicional a respeito da pessoa não corresponde, necessariamente, ao conceito de homem ou de ser humano. Contudo, se o Direito tem por objetivo fundamental disciplinar os interesses dos homens, e se existe em função dos mesmos e a seu serviço, "é forçoso reconhecer que a ordem jurídica veja em alguns os sujeitos de direito cujas relações pretende regular."¹³²

Em virtude do avanço da biomedicina, o Direito está sendo repensado. Parte da doutrina civilista, em suas discussões, vem demonstrando a tendente reavaliação sobre o conceito e conteúdo da personalidade. O entendimento revela-se no sentido de que o tema sobre a personalidade, estende-se até a "camada das opções valorativas e culturais determinadas pela concepção do homem e do mundo"¹³³.

GEDIEL lembra que os traumas sofridos pelos europeus, com os horrores praticados contra parcela da humanidade, durante a Segunda Grande Guerra, demonstraram a insuficiência da tutela tradicional oferecida à pessoa humana. A partir de então surgiu uma revitalização do direito positivado, com contornos dotados de eticidade. "Verifica-se, dessa forma, na doutrina, a tendência de aproximação teórica entre os direitos da personalidade e os direitos do homem, ou direitos fundamentais, buscada em sua origem e seus pressupostos comuns."¹³⁴

¹³² MEIRELLES, **A vida humana embrionária...**, p. 94.

¹³³ PINTO, Carlos Alberto Mota. O reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade. In: _____. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 85. O autor, ainda, lembra uma Encíclica papal, "do nosso tempo", que traz o princípio de que '*todo o ser humano é pessoa*, isto é, natureza dotada de inteligência e de vontade livre'. Sobre tal posicionamento, veja-se MORAES, Walter. Concepção Tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 590. p. 14-24. dez. 1984.

¹³⁴ Loc. cit., p. 47.

Carlos Alberto MOTA PINTO, afirma que o reconhecimento pelo direito civil, ou por qualquer outro ramo do direito, da idéia de personalidade – ou de pessoa –, além de ser um princípio normativo, revela-se como uma "estrutura lógica sem a qual a própria ideia de Direito não é possível".¹³⁵

Merece transcrição a lição de CORTIANO JUNIOR¹³⁶, a qual reflete essa posição doutrinária:

O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica. Esta, construindo a noção de personalidade, o faz com base num dado pré-normativo, que é, ao mesmo tempo ontológico (a pessoa **é**) e axiológico (a pessoa **vale**). Não se pode confundir (sob o prisma metodológico), a idéia de sujeito de direito com a idéia de personalidade, que partem de premissas distintas, e têm funções distintas. Como o ponto de partida do direito é a noção de personalidade, pode-se dizer que todo o direito **funciona** em razão da pessoa humana. Neste prisma, nada mais correto do que a afirmação de que, na atualidade, mais importa o **ser**, e menos importa o **ter**.

Essa nova avaliação representa o movimento de constitucionalização¹³⁷ dos direitos de personalidade e "vem acompanhado de uma elaboração teórica, que inclui a reapreciação de elementos da teoria clássica do Direito Civil. O esforço dos doutrinadores concentra-se, sobretudo, na superação do conceitualismo e do modelo de direito subjetivo extraído dos Códigos elaborados nos séculos XVIII e XIX."¹³⁸

Fala-se, atualmente, em constitucionalização do Direito Civil, porque os códigos deixaram de ocupar-se com a personalidade. Diversamente, as Constituições dos países democráticos é que dispensaram a necessária proteção à

¹³⁵ **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 84.

¹³⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41, (grifos originais).

¹³⁷ "Constituição e Código (e aqui seria melhor dizer legislação constitucional e legislação ordinária) confundem-se e entrelaçam-se no regramento dos mais variados institutos jurídicos", CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Ibid., p. 36-37.

¹³⁸ GEDIEL, José Antônio Peres, loc. cit., p. 50.

personalidade.

A tutela constitucional da personalidade é demonstrada pela garantia de alguns valores indispensáveis ao ser humano enquanto pessoa e, primordialmente, posicionando o princípio da dignidade da pessoa humana como informador do ordenamento jurídico. Assim é que a Carta Magna brasileira de 1988, em seu Título I, "Dos princípios fundamentais"¹³⁹ da República brasileira", coloca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Hodiernamente, por conseguinte, a personalidade, enquanto qualidade jurídica, é reconhecida a todos os seres humanos, uma vez que ela deriva da própria dignidade que os homens possuem. "Com uma visão mais atualizada, pode-se dizer que a pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, e no reconhecimento de que são inseparáveis as construções jurídicas da realidade social, na qual se integram e pela qual se justificam."¹⁴⁰

João Álvaro DIAS, lembra que tanto nos países da família romano-germânica, quanto nos países ditos de common law, a proteção do concepturo perante as lesões à sua integridade, foi encarada, inicialmente, com preocupações patrimoniais. Entretanto, hoje, a tendência é de preocupar-se com um "dever pré-existente" de não se prejudicar o neo-concebido, trazendo-se a noção do direito natural. Isto significa que, o concepturo possui o direito de iniciar sua vida, com toda a proteção a ela necessária, para que ele possa se desenvolver conforme sua natureza o possibilitaria, salvaguardando-se a evolução de seu completo desenvolvimento, de qualquer ato atentatório à sua integridade.¹⁴¹

¹³⁹ "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...) III – a dignidade da pessoa humana;"

¹⁴⁰ AMARAL, Francisco, loc. cit., p. 207-208. Para ele a personalidade deve "ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do séc. XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista formal ou técnico-jurídico".

¹⁴¹ **Procriação assistida...**, p. 196-197.

Consoante a lição de Castan TOBEÑAS¹⁴²:

Para evitar los graves inconvenientes de que adolecen las definiciones corrientes de la persona en sentido jurídico, que, sobre caer en un círculo vicioso, parecen desconocer que el Derecho no es quien crea a la persona, pues la personalidad es atributo esencial de todo ser humano, por su condición de ser racional, aceptamos la fórmula del professor De Castro, que dice son personas 'el hombre y traslaticamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica. Esta definición se acomoda a la vez a los dictados del Derecho natural, el Derecho cristiano y el Derecho moderno.

Os adeptos do Direito Natural, de uma visão personalista da personalidade, sustentam a existência de direitos fundamentais, que a própria natureza concedeu ao homem e que o direito positivo não teria condições de criar, podendo apenas reconhecê-los.¹⁴³

Com relação ao reconhecimento da personalidade do embrião GEDIEL ressalta que

a aceitação da personalidade jurídica do embrião, ou de sua autonomia em relação ao corpo materno, desde a concepção, *in vivo* ou *in vitro*, resultaria da dispensa de tratamento jurídico isonômico a sujeitos submetidos à mesma ordem jurídica, possibilitando-lhe a aquisição de todos os direitos, e não apenas dos direitos discriminados pela lei, antes do nascimento. Admitida essas posições apresentam-se de todo incompatível as discriminações feitas pela lei e pela jurisprudência, em contrariedade ao princípio da igualdade ou não discriminação entre os sujeitos, plasmado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.¹⁴⁴

Os direitos de que fala o autor correspondem aos direitos que uma pessoa nascida com vida possui. Partindo-se dessa noção, indaga-se, exclusivamente, sobre o direito à vida. Quem o possui? O embrião concebido *in vitro* tem direito à vida? A seguir tratar-se-á desse direito. Porém, antes disso, torna-se necessário, pois, que se discorra sobre o início do ciclo vital, em seu aspecto biológico, natural, para que se entenda por que se visa à sua proteção.

¹⁴² **Derecho Civil Español...**, p. 99.

¹⁴³ SILVA, Edson. Ferreira da. Direitos da Personalidade — Os Direitos de Personalidade são inatos? **Revista dos Tribunais**. a. 82. n. 694. p. 21. ago.1993.

¹⁴⁴ "A personalidade é uma noção insuscetível de gradações ou restrições", MUNIZ, Francisco José Ferreira, OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev.1980.

Se o reconhecimento da personalidade é um marco para que se assegurem os direitos de um ser humano, por óbvio, que para proteger-se o direito à vida de um embrião, que consiste em um direito da personalidade, seria justo equipará-los ao ser humano nascido com vida.

5.1.1 O início do ciclo vital como início da personalidade

A fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que contribuíram para a sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento¹⁴⁵.

Segundo Elio SGRECCIA¹⁴⁶, um "dato é incontestável e esclarecido pela genética, é o seguinte: no momento da fertilização, ou seja, da penetração do espermatozóide no óvulo, os dois gametas dos genitores formam *uma nova entidade biológica*, o zigoto, que carrega em si um novo *projeto-programa individualizado*, uma nova vida individual."

Desde a fertilização ao amontoado de células que compõem o zigoto, segue-se uma espécie de "programa" para seu desenvolvimento. Sabe-se que ao fim da oitava semana, caso nada interferira neste projeto, nem ocorra uma interação anormal entre esse conjunto de células, no programa de desenvolvimento, ou mesmo no ambiente, a organização do embrião estará terminada. E o embrião possuirá, "ainda que em miniatura, todas as características do homem (...) como são

¹⁴⁵ MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária...**, p. 91.

¹⁴⁶ Manual de Bioética. I - Fundamentos e ética biomédica. v.1. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 342.

reconhecidas no final da gravidez".¹⁴⁷

Continuando a explicação sobre autodireção do programam dentro do genoma e do embrião, SGRECCIA salienta que essa autonomia

não deve ser entendida, porém, em sentido absoluto, pois esta não existe nem sequer depois do nascimento; também nós adultos dependemos do ambiente vital que nos circunda (a atmosfera, os alimentos etc.): basta pensar que, ao chegarem os blastocistos ao útero, seu desenvolvimento pára se o útero não está preparado pelos estrógenos para realizar a nidação. Trata-se aqui, de qualquer modo, de uma dependência *extrínseca*, análoga à que tem o adulto em relação ao ambiente: o ambiente materno fornece alimento e oxigenação (...). A qualidade, o impulso e a direção do desenvolvimento, porém, não dependem de órgãos diretivos maternos, mas da composição autogenética do próprio embrião.¹⁴⁸

João Álvaro DIAS relata que o embrião é suscetível a se desenvolver fora do ambiente materno até estágios cada vez mais avançados. Diz-se "potencialmente", pois não se tem resultados mais elucidativos, permitindo-se mais experiências, em virtude da exigência ética¹⁴⁹ que permite o desenvolvimento dos embriões somente até o décimo quarto dia após a fecundação.

O embrião não constitui um aglomerado de células, mas uma totalidade de partes que cresce de forma harmônica. Essas partes são estreitamente integradas num processo, mediante o qual cada uma traduz autonomamente, momento a momento, seu próprio plano genético, no seu próprio espaço orgânico. Nessa

¹⁴⁷ SERRA, Angelo. **Il neoconcepito alla luce degli attuali sviluppi della genetica umana**. In: FIORI, A., SGRECCIA, E. (Org.). **L'aborto. Riflessioni di studiosi cattolici**. Milão: 1975, p. 123, apud SGRECCIA, E. Manual de Bioética. I - Fundamentos e ética biomédica. v.1. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 345. Eroulths CORTIANO JUNIOR esclarece: "A determinação do início da vida humana é problema que tem atormentado os cientista e juristas. Se bem que sempre haja contestação para os estudos, sabe-se que vinte e quatro horas após a fecundação (encontro do espermatozóide com o óvulo), a primeira célula individualizada - zigoto - começa a dividir-se, dando origem ao embrião. Com catorze dias de existência o embrião forma a chamada 'cinta neurológica' e o seu código genético - genoma -, que caracteriza sua individualidade. E, o que é mais saliente: a partir do momento em que um espermatozóide penetra na cápsula do óvulo, ocorre uma reação bio-química [sic] em cascata, com o fechamento da membrana celular que vai impedir a entrada de novos espermatozóides. Não há como reconhecer aí a existência de vida", (**Direitos da personalidade...**, p. 51-52).

¹⁴⁸ Esse desenvolvimento ordenado dá-se através de sinais ininterruptos de célula para célula do embrião. "Existe uma densa rede de circuitos que transmitem sinais de célula a célula (sinais provavelmente de tipo elétrico) do embrião em desenvolvimento, rede que se vai sempre ampliando e intrincando mais e mais com o passar do tempo." (DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida...**, p. 174).

¹⁴⁹ Conforme Resolução 1.358/92, CFM, e Informe Warnock.

totalidade que cresce, há uma unidade estrutural, e o mais importante: uma unidade funcional.

Esposando da noção ora tratada, João Álvaro DIAS lembra que "o humanismo metafísico reconhece ao homem uma dignidade ontológica superior à estrita protecção legal, porventura existente, independente da capacidade de sentir ou do grau de desenvolvimento". Conclui ele, fazendo a advertência de que, consoante esta "perspectiva, o embrião deverá gozar de uma protecção satisfatória."¹⁵⁰

Jérôme Lejeune, autoridade em genética, conhecido mundialmente ao ter descoberto a causa da Síndrome de Down, ao referir-se aos embriões *in vitro* disse que

se desde logo no início, justamente depois da concepção, dias antes da implantação, retirássemos uma só célula do pequeno ser individual, ainda com aspecto de amora poderíamos cultivá-la e examinar os seus cromossomas. E se um estudante, olhando-a ao microscópio não pudesse reconhecer o número, a forma e o padrão das bandas desses cromossomas, e não pudesse dizer, sem vacilações, se procede de um chimpanzé ou de um ser humano; seria reprovado. Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental.¹⁵¹

Por importante que se revela a discussão sobre o início da vida, por ser este o momento que se escolhe para conferir-lhe protecção, é que Angelo SERRA, no texto "Embrião Humano como Objeto Disponível: Ciência e Ética em Confronto, conta como se deram os debates que originaram o Relatório da Comissão Warnock, que fora encomendado pelo governo da Inglaterra.

¹⁵⁰ Loc. cit., p. 185. Consoante ele ainda, segundo uma visão nihilista, o embrião humano representaria um nada para a ética e para o direito. De acordo com uma postura utilitarista, cuja propensão é atribui-se direitos apenas aos que sentem, cairíamos na lógica de conceder direitos aos animais adultos, e não aos embriões "enquanto privados de sistema nervoso".

¹⁵¹ Cuándo empieza el hombre. Depoimento ante o Subcomitê do Senado dos Estados Unidos em 23/04/1981. Rev. Palavra, Espanha, n. 212, III - 1983 (133), apud BRANDÃO, Dornival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Org.) et al. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 25.

Angelo SERRA relata que durante as reuniões dos estudiosos, sugestões e mais sugestões eram a eles enviados, no sentido de pressionar a Comissão a ser favorável às pesquisas sobre os embriões humanos. Para isto, seria necessário negar-lhes a condição de seres humanos. A pressão, nesse sentido, foi tamanha, que McLaren, embrióloga da Comissão, estando decidida a empregar o termo "embrião" a todos os estágios de desenvolvimento do óvulo fertilizado, criou o termo "pré-embrião", de modo a diminuir o valor do conceito até o seu 14º dia de desenvolvimento.

Esse conceito, segundo um outro membro da Comissão, jamais havia sido utilizado durante os debates, mesmo porque não se cogitou atribuir-se inferioridade às primeiras etapas do novo ser, equiparando-o, portanto, nestas condições, a um não-embrião.

Observa-se, ainda, por interessante, o comentário de Angelo SERRA, no sentido que McLaren, 'impelida por circunstâncias externas', faltou na reunião da Comissão, de modo a se "resguardar", tentando não criar um conflito nos debates daquele trabalho. É que a posição da embrióloga era contrária à conclusão a que se chegou pelo Informe Warnock, pois para ela, como já se disse, não existe diferença entre aquela entidade que dá origem ao embrião, o qual, posteriormente, é chamado feto, e em seguida, recém-nascido. Para McLaren, portanto, há um único ciclo de desenvolvimento embrionário: o que se inicia com o neo-concebido e termina com o nascimento do novo ser.¹⁵²

A tese do pré-embrião foi alvo de muitas críticas¹⁵³. A exemplo, Kiernan declarou que esse tipo de termo não deveria ser empregado, pois faz "nascer a

¹⁵² SERRA, Angelo. Embrião Humano como Objeto Disponível: Ciência e ética em Confronto. In: URBAN, C. de A. **Bioética Clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, 137-138. Trad. por Cícero de Andrade Urban.

¹⁵³ João Álvaro DIAS, loc. cit. p. 208, assim se refere: "A este 'produto da concepção' chamam alguns autores, por vezes de pré-embrião, procurando legitimar 'avant garde', pela via terminológica, a sua utilização para fins de experimentação ou inculcando nos juristas a ideia que se trata de algo ainda não merecedor de tutela jurídica". Cumpre observar que a Resolução 1.358/92 do CFM, utiliza o conceito de pré-embrião.

ilusão de que aquelas poucas células são algo a menos do que uma jovem unidade feto-placentária. Ainda assim, tal conceito conseguiu estabilidade, não sendo mais questionado nos trabalhos que discutem o tema. Mesmo diante de todos os dados científicos, numerosos e adequados a comprovar que desde a fusão das células germinativas (singamia), surge um ser humano diferenciado, um novo indivíduo. Nenhum homem está privado de dignidade. Toda existência humana sobre a terra representa a presença de uma excelência de "ser superior" a qualquer ente observável.

De mais a mais, quanto ao fato de que o desenvolvimento do embrião humano dependa de causas extrínsecas, não elimina em absoluto uma individualidade que o pertence. Caberia estabelecer uma diferença de grau, mas não essencial. Assim é que muitos opinam que "desde o zigoto, vida humana, ainda que precária e incipiente, existe."¹⁵⁴

Assim como um diamante ou uma obra de arte gozam de um valor por si mesmos, porque exemplares únicos em sua espécie, os homens também o possuem. Toda pessoa se configura como realidade *única, irrepetível*¹⁵⁵ e, portanto, *insubstituível*." O encontro frutificado dos gametos gera um 'tertium genus' vital, ou um animal diferente, ou uma coisa animada (não identificada com as matrizes da

¹⁵⁴ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas...**, p. 48. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras estabelece:[...] "Artigo 3º - Direito à vida e à preservação da espécie humana:"As pessoas pertencentes às gerações futuras têm direito à vida, à manutenção e perpetuação da Humanidade, nas diversas expressões de sua identidade. Por conseguinte, está proibido causar dano, de qualquer maneira que seja, à forma humana de vida, em particular com atos que comprometam de modo irreversível e definitivo a preservação da espécie humana, assim como o genoma e a herança genética da Humanidade, ou tendam a destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso". (...)

¹⁵⁵ Sérgio FERRAZ, loc. cit. p. 47, esclarece que: "Tão individual e particular é o genoma, mesmo em caso de gêmeos univitelinos, que se pode afirmar, sem dúvida, a impossibilidade de repetitividade (ou de 'clonagem' natural) do homem – daí falar-se em transcendência do genoma (aliás, a 'clonagem artificial', isto é, a formação de indivíduos idênticos, a partir da engenharia do núcleo da célula, é, por ora, mera hipótese científica." O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, refere-se desse modo: "Que o ser humano é livre, irrepetível e incondicionável, e que o reconhecimento de sua diversidade significa a aceitação simultânea de sua igualdade e liberdade (...)" ; "Que o patrimônio genético do ser humano não se reduz a uma simples soma de componentes hereditários, mas que adquire um caráter singular durante a vida (...)" .

geração)." ¹⁵⁶

O ser concebido, ainda que a fertilização ocorra *in vitro*, é um ser humano vivente, completo enquanto programa-projeto. O embrião é um ser humano com potencialidade, e não um ser humano em potencial ¹⁵⁷. Assim, se esse novo ser contém dentro de si a potência de, desenvolvendo-se, desde que lhe seja assegurado tal possibilidade, transformar-se em uma criança, não parece ser difícil reconhecer-lhe todas as garantias, todas as proteções constitucionais, civis, penais, sem prejuízo de outras, conferidas a ela. ¹⁵⁸

Silmara ALMEIDA, até mesmo, já propôs a terminologia pré-nascituro, sendo que deveria ser equiparado ao nascituro, o qual teria sentido *lato* ¹⁵⁹.

Logo, se existem tantas evidências científicas, no sentido de que a vida começa com o momento da concepção, indubitavelmente ela deve ser protegida.

Invocando a lição de Márcia Mattos Gonçalves, José Renato NALINI ¹⁶⁰, coloca que vida tem início com a concepção, nas palavras dela:

Embora, ao final do século XX, muitos processos biológicos ainda se apresentem como um enigma para os cientistas, a Biologia como Ciência possui leis e princípios que não podem ser modificados. No que diz respeito ao momento em que se tem o início a vida humana, alguns fatos biológicos são incontestáveis. São eles: Primeiro: O indivíduo humano começa a existir biologicamente a partir do momento em que ele tem um corpo, e a formação do corpo de qualquer pessoa inicia-se no momento da fecundação. (...)

Antes de falar-se em início do ciclo vital, a tendência daqueles que não têm

¹⁵⁶ FERRAZ, *ibid.*, p. 29.

¹⁵⁷ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, p. 661, relata que "le Comité Consultatif national d'éthique *français*, considérant l'embryon ou le fœtus humain comme une 'personne potentielle', n'admet l'utilisation que des embryons ou fœtus morts et n'ayant pas atteint la viabilité, et à des fins limitées seulement."

¹⁵⁸ Acrescente-se o que diz João A. DIAS: "O processo de desenvolvimento é o mesmo, quer o embrião tenha sido concebido fora ou dentro do útero materno. Já vimos, de resto, que o embrião fecundado *in vitro* está, só por essa circunstância, naturalmente sujeito a uma mais acentuada vulnerabilidade. Tal facto não poderá justificar uma total desatenção; bem ao contrário", **Procriação assistida...**, p. 217.

¹⁵⁹ *Loc. cit.*, p. 21.

¹⁶⁰ NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na constituição brasileira. p. 270-271 In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

interesse na proteção da vida recém-concebida, tratam do assunto enfatizando a discussão sobre se há ou não humanidade naquele conjunto de células, eis por que chamam o embrião de “amontoado de células”. Desse modo, evitando-se denominar a questão como “início do ciclo vital”, porquanto esta se apresenta como questão tendente a gerar muitas dúvidas. Quer-se dizer que, ao deslocar a discussão sobre o início da vida para o início da humanidade, evita-se entrar em um terreno resvaladiço.

É que, ao pôr-se em discussão o início da vida, chega-se a algo, que hoje, mostra-se pacífico. Todavia, para essa vertente não se pode reconhecer que o início da vida é o momento concepcional, porque, assim, defronta-se com o direito à vida.

Percebe-se, por conseguinte, que a questão se limita a uma escolha: pugnando-se pela proteção do ser humano desde o início de sua vida, fala-se em início do ciclo vital como início da personalidade; não querendo reconhecer a proteção devida ao concepturo, por inúmeros interesses, discute-se a partir de que momento as células de um novo ser adquirem características de humanidade.

É que, ao pôr-se em discussão o início da vida, chega-se a algo, que hoje, mostra-se pacífico. Todavia, não se pode reconhecer que o início da vida é o momento concepcional, porque, assim, defronta-se com o direito à vida.

Percebe-se, por conseguinte, que a questão se limita a uma escolha: pugnando-se pela proteção do ser humano desde o início de sua vida, fala-se em início do ciclo vital como início da personalidade; não querendo reconhecer a proteção devida ao concepturo, por inúmeros interesses, discute-se a partir de que momento as células de um novo ser adquirem características de humanidade.

Desse modo, para melhor compreensão do que foi dito acima, sobremaneira de tudo que foi dito anteriormente, necessário se faz discorrer sobre o

que significa o "valor-princípio"¹⁶¹ da dignidade da pessoa humana.

5.1.2 Dignidade da pessoa humana

A pessoa humana, hodiernamente, é considerada como o maior de todos os valores, alçada no vértice dos demais valores normativos ou jurídicos. Constitui-se na fonte dos demais valores, revelando-se, pois como critério essencial de legitimidade da ordem jurídica.

Carlos Eduardo P. RUZIK explica que:

Como fundamento da República e um dos valores supremos do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana deve ser vetor fundamental na operacionalização dos institutos jurídicos. Vale dizer: o direito tem no referido princípio um componente ético inafastável. Desse modo, no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos no sentido de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana.¹⁶²

A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível.¹⁶³

Por conseguinte, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, que representa o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, faz assegurar ao homem um *minimum* de respeito, somente pelo fato de possuir natureza humana, vez que "todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e tem direito a levar uma vida digna de seres humanos."¹⁶⁴

El principio jurídicamente consagrado de la dignidad de la persona

¹⁶¹ Consoante a lição de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, lembrando a concepção Juarez FREITAS, em "A interpretação sistemática do direito", 1995, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida sob "dúplice dimensão de princípio e valor". RUZYK prossegue, explicando que "no momento da concretização normativa, quando da realização da hierarquização axiológica – presente em toda interpretação – haverá uma prevalência do valor dignidade sobre os demais. Desse modo, via de regra, a dignidade como princípio será prevalente no momento da concretização normativa e da ponderação de princípios", p. 130-131.

¹⁶² RUZIK, loc. cit., p. 132.

¹⁶³ CORTIANO JUNIOR, **Alguns apontamentos...**, p. 42.

¹⁶⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 103-108.

humana, (...) exige la ausencia de discriminación entre los seres humanos. (...) La dignidad impone que no se discrimine a los seres humanos según su estado biológico; el deber de solidaridad justifica la discriminación positiva de los más necesitados". Explicam os juristas Catherine Labrousse-Ripu y Bertrand Mathieu, da Universidade de Sorbone.

Como observa Sérgio FERRAZ¹⁶⁵:

O princípio da dignidade da pessoa, que também cá e acolá aparece indicado ora como princípio da personalidade, ora como princípio da individualidade, nos obriga a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano. Isso porque o homem é sujeito de direitos: não é jamais, objeto de direito e, muito menos, objeto mais ou menos livremente manipulável.

Por tudo já visto, depreende-se que, embora a questão do início da vida não bem aquela que gera grandes dúvidas, a opinião sobre quando ela começa não é unânime. Esclarecendo esse paradoxo: na verdade a vida de um novo ser inicia-se com a fecundação, ou seja, a união dos pró-núcleos (do pai e da mãe), entretanto, não é pacífica a opinião sobre a partir de quando se deve reconhecer o começo da vida embrionária que deva ser protegida. Ainda, esclarecendo melhor: "a questão moral em si, não é quando começa a vida, mas em que ponto do desenvolvimento do embrião atribuir-lhe a proteção devida ao ser humano".¹⁶⁶

Isso ficará bem claro a seguir: serão destacadas algumas conclusões a

¹⁶⁵ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Anatonio Fabris Editor, 1991, p. 28. No mesmo sentido SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo...**, p. 150.

¹⁶⁶ É como bem elucida a discussão sobre a proteção jurídica a ser dada pelo ordenamento aos embriões excedentes, sem hipocrisia, afirmou o Comitê do Royal College of Obstetrician and Gynecologist - Londres. Cf. Jorge Más DIAZ et al. **Aspectos éticos e legales de la reproducción asistida**. Madrid: Espasa, 1987, p. 159, apud SANTOS, Maria Celeste, loc. cit. p. 157.

respeito do que foi dito acima (buscadas no direito comparado¹⁶⁷), as quais afirmam aquela idéia colocada no início do Capítulo concernente aos problemas ético-jurídicos, quanto à natureza desse debate, que assume caráter ora universal, ora local. É que, dependendo do valor que se atribui à vida – o qual possui um consenso global –, legisla-se no sentido de conceder-lhe proteção a partir de um dado momento. Isto é: o ponto do desenvolvimento humano que corresponde ao início dessa tutela, é que reflete, mais fortemente, o valor que um dado ordenamento confere à vida humana.

Tem-se como “principal motivo para a rejeição do uso de embriões com fins de investigação está na negação da dignidade da pessoa por esta prática, pois o embrião é um ser humano em potencial, devendo ser protegido.”¹⁶⁸

Para Maria Celeste Cordeiro SANTOS¹⁶⁹ a “dignidade da pessoa humana pode ser entendida sob duas perspectivas básicas: a) *termo comparativo* em relação a alguém que mereça o qualificativo de digno. Nessa perspectiva a noção de dignidade está atrelada ao comportamento humano; b) *qualidade* ligada essencialmente ao ser que se diz digno. Dentro da primeira concepção, o embrião humano não poderia ser predicado como digno, dada a impossibilidade de comportar-se dignamente, isto é, com decoro e pudor. O conceito de dignidade

¹⁶⁷ “As considerações bioéticas que sustentam a proteção legal concedida ao embrião humano são derivadas do *respeito à dignidade* inerente à pessoa de qualquer membro da espécie humana. É possível distinguir no direito positivo comparado diferentes posições referentes à personalidade jurídica. Muitas delas oferecem proteção legal específica para a vida humana em forma de deveres e obrigações para com a vida que está por nascer. Deste modo, é possível proteger a vida humana do abuso, da exploração comercial, ou experimentação não terapêutica antes do nascimento”, SANTOS, ob. cit., p. 160.

¹⁶⁸ Conclui a jurista, acreditando “que a solução mais urgente seria recompor a harmonia da investigação científica com aqueles valores humanos inalienáveis, sem frear os avanços da investigação científica, vez que este avanço ainda é um dos recursos mais ricos em benefício para a humanidade. (...) Para fazer com que os avanços científicos mantenham ligação com o verdadeiro benefício para o homem e para a sociedade, é necessário cultivar a visão da dignidade humana”. GONÇALVES, Denise Wilhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o Direito. **Revista Jurídica Consulex**. a.7, n. 152, p. 44, mai. 2003.

¹⁶⁹ GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. SORDI, Sandra. Aspectos atuais do projeto genoma humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 179-180.

permite, portanto, a proteção jurídica da humanidade do homem.¹⁷⁰

Paulo da MOTA PINTO observa a supremacia da dignidade da pessoa humana como valor ao afirmar que da "garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos".¹⁷¹

Ingo Wolfgang SARLET assim define a dignidade da pessoa humana:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável*.¹⁷²

E, "el hombre, en cuanto hombre – cualquiera que sean sus aptitudes y desarrollo –, participa en la dignidad de la persona. Es igual en dignidad a cualquier outro. Todo hombre, por el hecho de serlo, tiene una categoría superior a la de cualquier outro ser, una dignidad que non puede serle arrebatada. Aunque no tenga outra cosa, tiene dignidad."¹⁷³

Por fim, conclui-se com Rabindranath Valentino Aleixo CAPELO DE SOUZA, que a "dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física impõem a defesa do concebido, inclusive aquando da concepção por inseminação artificial ou por fertilização *in vitro*", sendo, ainda, a "vida humana inviolável".¹⁷⁴ O autor, outrossim, lembra os termos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e

¹⁷⁰ HERZOG-EVANS, Martine. Homme, homme juridique et humanité de l'embryon. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris, n. 1, p. 66, janv./mars. 2000. Original: "Le concept de dignité permet donc de protéger juridiquement l'humanité de l'Homme". Na sequência, o autor adverte que "s'agissant de la définition même de l'Homme, le concept d'humanité nous paraît-il plus pertinent, qui renvoie à la nature, à son essence, voire à son caractère sacré." O texto indicado traz a discussão sobre o reconhecimento da humanidade dos embriões pelo direito positivo.

¹⁷¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. O reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade. In: _____. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 85-86.

¹⁷² Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁷³ PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 94-95.

¹⁷⁴ **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 157.

Políticos, que no art. 6º, I, dispõe que o "direito à vida é inerente à pessoa humana". Constituindo-se, portanto, em direito tutelado por inúmeras Convenções internacionais, e pelas Constituições dos países democráticos, impende-se tratá-lo, ainda mais, com o intuito de demonstrar-se que os embriões humanos, com vida intra ou extra-uterina, merecem o respeito ao seu direito de viver.

5.1.3 O respeito ao direito de viver

"O respeito à vida é o fundamento de todos os demais direitos humanos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.¹⁷⁵

Em lição lapidar, esclarece Antônio CHAVES¹⁷⁶:

Existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e que são tão essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.

Justificando-se o título do item em tela, lembra-se de Santos CIFUENTES, o qual ao defender a proteção devida aos concebidos *in vitro*, assinala que melhor do que direito à vida, deve-se utilizar a expressão "direito de viver", nas palavras dele:

¹⁷⁵ "A vida humana não tem mais valor se ela não for protegida pelas leis do país", (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo...**, p. 148). No mesmo sentido, Ives Gandra MARTINS, Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**, n. 623, p. 30, set./1987: "O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais quanto mais insuficiente for o titular desde direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal pode superá-lo. (...) Nenhum ordenamento jurídico é justo sem tal respeito. Nenhum povo permanece no tempo quando o desrespeita. (...) O mais fundamental direito natural do ser humano é, portanto, aquele que tem à vida". No mesmo sentido, Alberto TRABUCCHI: "Il rispetto della vita racchiusa, con tutte le impronte dell'uomo Che pois sarà maturo, già nell'embrione impedisce interventi di distruzione o eliminazione: questo rispetto alla vita è un principio morale e umano che non può essere disatteso", Procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del giurista. **Rivista di diritto civile**, a. 32, n. 5, p. 495-511, set./ott. 1980.

¹⁷⁶ **Tratado de Direito Civil. Parte geral**, v. 1, t. 1, 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 435.

Hablar de un 'derecho sobre la vida' podría implicar la legitimidad del suicidio, ya que denota un poder absoluto, como si la persona pudiera disponer sin límites sobre su vida. También se usó 'derecho a la vida', pero, como es innato, nos viene dado por el hecho del comienzo, no es apropiado dar a entender que se tiene un derecho a conseguir la vida. Ella se consigue u obtiene con automaticidad; es un acontecimiento natural. Hay otro aspecto. Se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacar; a la conservación de la vida y al goce de ella. El goce comporta, en el plano jurídico, la defensa. Desde tal punto de vista usar la expresión 'a la vida' podría parecer correcto, pero más lo es, por clara e indicativa, 'derecho de vivir'.¹⁷⁷

"Quanto à inviolabilidade do direito à vida, considerando os bens integrantes — físicos, psíquicos e morais — da personalidade, transcende todo um ramo do direito, ou melhor, é ubíquo, por ocupar posição de primazia (princípio do primado do direito mais relevante);¹⁷⁸ é bem maior ou supremo na esfera natural e jurídica, uma vez que em sua volta, e como consequência de sua existência, todos os demais direitos da pessoa humana gravitam.¹⁷⁹

Trata-se de direito irrenunciável que se manifesta desde a concepção — ainda que artificialmente — até a morte — com proteção exigida quanto mais insuficiente for o seu titular, intransmissível (quanto à impossibilidade de mudança de sujeito, de titularidade — direito inerente à pessoa), indisponível, não sendo um direito sobre a vida, mas à vida, assim de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos se exige — *erga omnes* — (de maneira que é direito à vida sem direito à morte, sendo ineficaz qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, mesmo sob consentimento),¹⁸⁰ porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria na sociedade, assim, absoluto, fundamental, em suma, um direito natural, como expressão jurídica da realidade humana.

¹⁷⁷ **Derechos Personalísimos**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 232.

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, tomo VII, 2ª ed. p. 15 e 23.

¹⁷⁹ Edson Ferreira da SILVA, loc. cit., p. 31-34, sustenta que o direito à vida é tão essencial que sem ele não há personalidade humana.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 15-16.

O acima exposto condiz, no campo da Bioética e do Biodireito, com o pensamento de Regina Fiuza SAUWEN e Severo HRYNIEWICZ¹⁸¹, ao afirmarem que "para buscar-lhes solução adequada, o jurista deve recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica. Entre eles está, sem dúvida, o valor da vida humana. A consciência ética da humanidade o referenda como um valor insofismável e recebe o aval de quase todas as crenças religiosas e sistemas ideológicos. Quando se fala a respeito do *valor vida*, deve-se considerá-lo como o *valor-eixo*, cujo respeito incide na liberdade de submissão ou não, na proteção jurídica do corpo humano, na garantia da integridade física, no acesso a exames e tratamento médico e no respeito ao cadáver".

Concluem os autores, que "a pessoa — digna e íntegra pela sua própria existência única e ao mesmo tempo partícipe no mundo—, deve ser respeitada e preservada em seu destino de continuar vivendo — com saúde — nas suas manifestações mais altas e sacras, como medida de todas as coisas, da Medicina e do Direito substancialmente".

Cabe lembrar ainda que qualquer projeto de lei, tendente a abolir a inviolabilidade (intangibilidade, intocabilidade) do direito à vida será inconstitucional, não sendo sequer suscetível de emendas nos termos do art. 60, § 4º da Constituição.

De mais a mais, não é a lei que confere ao homem o dom da vida e todas as demais faculdades de que a própria natureza já se incumbiu de dotá-lo.

Denise W. GONÇALVES, ressalta que inobstante a ausência de legislação acerca da reprodução assistida, não se pode falar em vazio legislativo, pois vários são os princípios constitucionais que tutelam expressamente a pessoa.¹⁸² Muito embora tenha reconhecido, quanto ao assunto, que para "suprir tanta insegurança, a lei sempre será o instrumento privilegiado".

¹⁸¹ **O direito "in vitro": da Bioética ao Biodireito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997 p. 29.

¹⁸² GONÇALVES, Denise Willhelm, loc. cit., p. 40-45.

Como ela bem coloca:

Muito embora se saiba já existir relativo consenso na comunidade internacional quanto á prevalência do princípio da dignidade humana como orientador da atividade de qualquer juiz, base também para a orientação do legislador, bem como fixador de limites na área científica, devemos estar alertas no sentido de que essas técnicas utilizadas para a procriação assistida, se não forem acompanhadas de normas que preservem a dignidade humana, poderão dar ensejo a grandes atentados contra a humanidade, como no caso de incentivo à produção de embriões em número superior ao necessário para a implantação, para, depois, serem utilizados em pesquisas, tudo sob o pretexto de progresso na área médica e científica, pois nada impede que a ganância humana transforme coisas boas em malefícios.

Finaliza-se esse item sobre o direito à vida, trazendo-se as palavras de Marília de SIQUEIRA, que do exposto, pode-se concluir que "o homem ganhará muito e não haverá 'desperdício humano, se a ciência se nortear pelo princípio da salvaguarda da vida, vendo nela um dom e não um laboratório a serviço da curiosidade científica, defendendo-a de ideologias destrutivas que manipulam a vida humana, dispondo dela segundo o capricho, privando-a de sua autonomia."¹⁸³

Para concluir com João Álvaro DIAS, em realidade, "o concebido, todo o concebido, desde que tenha vida, ainda que incipiente ou 'paralizada' pela congelação, é um germen de pessoa, centro de imputações jurídicas, ainda que outros tenham de zelar de facto pelos seus interesses".

Se ainda é possível haver dúvida sobre o momento a partir do qual se deve garantir o respeito à vida, é melhor que se a preserve desde o momento da união das células germinativas, "dado não existirem dados biológicos que comprovem o

¹⁸³

O Início da Vida e a Medicina Atual, In: PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.) et al. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 335-354.

contrário".¹⁸⁴

No seguimento, é trazida uma decisão levada a julgamento em Tribunal norte-americano, como precedente para afirmar-se a necessidade de que se reconheça os embriões como pessoas humanas.

5.2 O CASO DAVIS V. DAVIS

Digno de registro, é o caso DAVIS v. DAVIS que foi levado ao Tenesse Circuit Court¹⁸⁵. O casal Mary Sue Davis, de 28 anos e Junior Lewis Davis, de 30 anos não conseguiam ter um filho. Submeteram-se, pois, à fertilização *in vitro*. Nove embriões foram concebidos. Dois foram implantados no útero de Mary e o restante foi congelado em uma clinica de Knoxville. Essa transferência não obteve êxito.

Antes mesmo de Mary submeter-se à outra transferência, sobreveio uma crise conjugal entre o casal, que resultou em divórcio. Com quem ficariam os sete embriões?

A questão foi levada ao Juiz Dale Young, de Maryville, o qual confessou à época, que tal controvérsia foi a mais difícil de sua vida. Mary, que já havia passado por cinco gestações e três tentativas de fertilização frustradas, pedia autorização

¹⁸⁴ Acrescenta João António Álvaro Dias que: "Sugestivamente defendem alguns autores que 'O ónus da prova – de que um menor respeito é devido ao embrião do que ao ser humano adulto – deve caber àqueles que defendem uma posição contrária, prova essa que tem que ser suficientemente persuasiva a ponto de impedir a aplicação do benefício da dúvida a esses seres humanos'. CFR. RUI NUNES, O Diagnóstico Pré-Natal em Portugal, *Cadernos de Bioética*, n.º. 10, p. 25 e ss., especialm. p. 37. Como é bom de ver, a argumentação expendida não revela a racionalidade estritamente jurídica — sempre podendo os detractores de tal entendimento argumentar que 'àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos desse direito' — antes de evidência da biologia e da medicina. Daí que, munido de tais evidências que as novas tecnologias e o desenvolvimento da ciência propiciam, não me repugne aceitar que o ónus da prova possa caber a quem propugna e defende a dignidade e a tutela da vida humana desde o primeiro momento". **Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios**. Coimbra, 2001, XXX fl. Dissertação (Doutoramento em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 458-459.

¹⁸⁵ SC Tennessee, 1/6/92, JA, 1993-II-344, refere-se ao número do Tribunal que julgou a apelação em 1993. A decisão de primeira instância foi prolatada em 21 de setembro de 1989. Vide: SANTOS, Maria Celeste. **Equilíbrio de um pêndulo...**, p. 1478-149; DOMINGUES, Douglas Gabriel. Problemas éticos e jurídicos das pesquisas biotecnológicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 89, v. 323, p. 381, jul./ago./set. 1993; GAMBINO, Eugenia; ROMANO, Elisabeth. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). **Responsabilidad del biotecnólogo. Responsabilidad profesional**. v. 3. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996. p. 41-42.

para implantar todos os embriões, mas Junior alegava estar sendo espoliado em seus direitos de reprodução, em razão do que preferia a eterna criopreservação dos embriões.

Jérôme Lejeune, médico especialista em genética humana, foi a Juízo e testemunhou no caso. Relatou Lejeune:

Tive que explicar ao juiz de Maryville o que acontece quando se congela um embrião... É verdade que paramos o tempo, mas não a vida, porque não se destrói a informação, a mensagem que está em cada célula. Se a aquecermos novamente, quando se retoma o tempo, a vida reaparece. O Juiz compreendeu. Eu lhe disse: Nesta cápsula de nitrogênio líquido pode-se concentrar milhões de embriões humanos numa temperatura tão fria que se consiga até parar o tempo. Eles estarão de certa maneira presos em um *concentration can* (cápsula de concentração — *container*). Na França se traduz intencionalmente por '*campo de concentração*'. O campo de concentração foi inventado para acelerar terrivelmente a morte, enquanto a cápsula de concentração foi inventada para *retardar terrivelmente a vida*, mas nos dois casos se trata de um local de concentração onde se aprisionam os inocentes.

Dale Young, em decisão semelhante à do Rei Salomão, julgou a custódia dos embriões a favor da mãe, pois esses "são seres humanos uma vez que tiveram origem na união de um espermatozóide e de um óvulo humanos e, segundo os técnicos, não se destruiu a mensagem humana". Completando, disse: "Eu os confio à custódia de sua mãe porque, nos termos da lei, *parens patriae*, o pai da pátria, o Estado, deve ser o pai de todos os que não têm pais, e nesse caso, o Estado deve decidir que o pai, ao qual se confia um ser humano, é aquele que quer a vida desse filho, e não aquele que deseja a sua morte."

Essa decisão, sem precedentes, foi no sentido de que os embriões concebidos *in vitro* são pessoas, e não propriedade pessoal dos pais. Afirmou, de outra parte, que a vida humana se inicia com a concepção.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Elizabeth ROMANO e Eugenia GAMBINO, loc. cit., p. 41-42, relatam que, diferentemente da sentença do Juiz Young, em segunda instância a decisão foi a favor de Junior. É que perante a Corte Suprema do Tennessee, Mary, já tendo se casado novamente, manifestou sua intenção de doar os embriões a casais inférteis, não mais desejando implantá-los em seu útero. O Tribunal sopesou os interesses dos litigantes e considerou que deveria prevalecer os direitos de reprodução de Junior que não queria ver seus filhos serem criados por outros casais. Mary, que preferia doá-los, ao invés de ver os embriões serem descartados.

5.3 DIREITO COMPARADO E NORMAS INTERNACIONAIS

A Declaração de Nuremberg de 1946, normalmente, é apresentada como o primeiro conjunto de normas que trouxe a preocupação com as experiências relativas aos seres humanos.

Por ocasião da Declaração de Genebra, de 1948, a Organização Mundial da Saúde, adotou o seguinte preceito: 'Manterei o máximo respeito à vida humana, desde o momento da concepção e, ainda, que sob ameaça, não usarei de meus conhecimentos médicos contrariamente às leis da humanidade'.¹⁸⁷

A Declaração de Helsinque¹⁸⁸ (1964-1989) lembrando, em geral, das diretrizes estabelecidas na Declaração de Genebra, da Associação Médica Mundial, no 5º princípio, determina que: "Todo o projeto de pesquisa biomédica que envolve seres humanos deve ser procedido por uma avaliação cuidadosa dos riscos previsíveis e dos possíveis benefícios, tanto para o indivíduo submetido a experimentação como para os outros. Os interesses do indivíduo devem prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade."¹⁸⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 1º, dispõe que: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". No art. 3º: "Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".¹⁹⁰

O texto da Recomendação 874 (1976) da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, afirma que 'os direitos de cada criança à vida desde o momento da sua concepção... devem ser reconhecidos e os Governos deveriam

¹⁸⁷ BRANDÃO, loc. cit., p. 26.

¹⁸⁸ Adotada na 18ª Assembléia Médica Mundial, Finlândia (1964), e posteriormente em outras alteradas, em outras reuniões.

¹⁸⁹ DIAS, **Procriação assistida...**, p. 165, esclarece que tanto as Declarações de Helsinque e de Tóquio (1975), da Associação Médica Mundial, sugerem que ao embrião devem ser estendidas à crescente e tendente proteção dos seres mais indefesos. Na assembléia geral, ocorrida em Bruxelas, em 1985, acordou-se que ao embrião seria aplicado o estabelecido nas reuniões anteriores quanto aos restantes seres humanos, sobremaneira no condizente às experimentações.

¹⁹⁰ No art. 29: " Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade..."

obrigar-se a acionar os mecanismos necessários que permitissem a aplicação integral deste direito’.¹⁹¹

“No mesmo sentido, a Recomendação n° 1046/86 do Conselho da Europa, n° 5, consigna: ‘Fin dalla fecondazione dell ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo, sicché no si possono fare distinzioni durante le prime fasi del suo sviluppo’.¹⁹²

Na décima recomendação, dispõe que ‘os embriões e os fetos humanos deverão ser tratados em todas as circunstâncias com o respeito que é devido à dignidade humana e a utilização de materiais e tecidos daí resultantes deverá ser estritamente limitada e regulada por objectivos que sejam claramente terapêuticos e que não possam ser prosseguidos por outros meios’.¹⁹³

Ainda, seguindo as normas anteriores, a Recomendação n° 1.100/89, n° 07, enfatiza que: ‘Il embrione umano pur sviluppandosi in fasi successive indicate com definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione, pre-implantatorio, embrione, feto) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo e, tuttavia, mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica’.¹⁹⁴

Na Alemanha sobre os embriões, conferindo-lhes tutela através da Lei de Proteção de Embriões (art. 7°) no máximo 3 embriões podem ser produzidos, sendo que é proibida a pesquisa.¹⁹⁵ Essa lei, de 13 de dezembro de 1990, ‘Embryonenschutzgesetz’, no § 8°, define o embrião com o estágio de fusão das células feminina e masculina, “conquanto que o produto daí resultante seja capaz de desenvolvimento compartilhado de melhores condições de existência e podendo desenvolver-se para dar origem a um indivíduo”. Nesse mesmo parágrafo, número 2, a lei alemã estipula que ‘nas primeiras 24 horas após a fusão, as células humanas

¹⁹¹ DIAS, João Álvaro, loc. cit., p. 162-163.

¹⁹² ALMEIDA, **Direitos da personalidade...**, p. 26.

¹⁹³ DIAS, João Álvaro. Ibid., p. 209.

¹⁹⁴ ALMEIDA, id.

¹⁹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, loc. cit., p. 142.

fecundadas são consideradas como susceptíveis de desenvolvimento porquanto após o decurso desse lapso de tempo pode determinar-se se têm ou não a potencialidade de se desenvolver para além do estado unicelular'.¹⁹⁶

Um Comitê nacional de Ética, na França, em 1984, elaborou um parecer no sentido de reconhecer-se os embriões como pessoas humanas potenciais¹⁹⁷. Adotando-se posição semelhante, o legislador francês, em 1994, deu nova redação ao artigo 16 do Código Civil Francês, passando a dispor que: "A lei assegura primazia da pessoa, proíbe todo dano à dignidade desta e garante o respeito do ser humano desde o começo de sua vida."¹⁹⁸

Informe Warnock: produzido em julho de 1984, por uma Comissão de Inquérito sobre fertilização e embriologia, instaurada no Ministério da Saúde e Segurança Social da Inglaterra, e o Relatório de Palacios (produzido por Comissão da Câmara dos Deputados da Espanha, em 1986) Suas conclusões: após 14 dias de existência o embrião já formou o "sulco ou cinta neurológica", estando então totalmente formada a sua estrutura humana, não podendo mais ser objeto de experimentações ou aborto.

No Direito Civil da Argentina, desde a concepção no seio materno, confere-se personalidade ao ser humano (cf. arts. 63 e 70, do Cód. Civil). Porém, a Lei nº 23.849 que ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança¹⁹⁹ fez surgir a necessidade de reformar o texto do Código Civil argentino, para que se proteja a vida humana desde a concepção, sendo extra ou intra-uterina.²⁰⁰

¹⁹⁶ DIAS, João Álvaro, **Procriação assistida...**, p. 162.

¹⁹⁷ "Le Comité national d'Ethique, dans un *Avis* du 23 mai 1984 (...), se contente de dire que l'embryon doit être reconnu comme une personne humaine potentielle", CARBONNIER, Jean. *La personnalité*. In: _____. **Droit civil 1/ Les Personnes: Personnalité, Incapacités, Personnes morales**. 18^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 32.

¹⁹⁸ Como observa Maria Celeste SANTOS, o legislador francês não afirmou que a personalidade se inicia com a concepção, mas garantiu respeito ao ser humano, (**Equilíbrio do pêndulo...**, p. 150).

¹⁹⁹ Foi também objeto das Recomendações 934/82, 1046/86 e 1100/89 do Conselho da Europa, assim como no Pacto de São José da Costa Rica.

²⁰⁰ LORENZETTI, loc. cit. p. 469.

Na Argentina, houve um Projeto de Lei de Fecundação Assistida, denominado "Proyecto Rivas-Britos", apresentado à Câmara do Senado em 08 de junho de 1995, de nº S - 1374/93, possui a seguinte redação no art. 63: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas dentro o fuera del seno materno". Frise-se, por importante, que tal disposição equipara a condição dos embriões *in vitro* à dos nascituros. E, o art. 70, determina que:

Desde la concepción dentro o fuera del seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si nacieran²⁰¹ com vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre.

A Resolução nº 196, de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, reformulou a anterior Resolução 1/88, e fixa normas éticas quanto a pesquisas em seres humanos.²⁰²

Para o Ethics Advisory Board Federal dos Estados Unidos, depois de muitas análises e debates sobre o *status* do embrião humano, partindo-se de informações científicas, considera que o embrião merece uma proteção relativa, ou seja, para essa "comissão" o embrião não é pessoa, em razão do que não lhe deve ser conferido os plenos direitos atribuídos à pessoa.²⁰³

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, em 1994, aprovou algumas disposições sobre proteção jurídica, em cuja exposição de motivos, encontram-se diretrizes importantes para reforçar-se a tutela da vida

²⁰¹ Relevante a fundamentação da exposição de motivos do projeto, sobre os avanços das técnicas biomédicas que implicam em uma série de perigos e de excessos, sendo que constituem uma verdadeira afronta ao direito à vida. Assim é que "el presente proyecto al reconocer la vida desde el momento de la concepción (...) protege la vida humana. Este proyecto reconoce que hay una vida humana desde que el óvulo es fecundado por ele espermatozoide, momento en que queda determinada la individualidad genética del nuevo ser...". Sobre as discussões na Argentina, vide GAMBINO, loc. cit., p. 1-184.

²⁰² Tal Resolução incorpora em seu texto todas as normas internacionais e diretrizes sobre o assunto. Foi apresentada pela delegação brasileira no III Congresso Mundial de Bioética, ocorrido em São Francisco (EUA), com a temática "Bioética num mundo interdependente". Veja-se Léo PÉSSINI, Bioética: Brasil tem novas normas éticas de pesquisa em humanos, p. 3; Fabíola de Aguiar Nunes, Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas em seres humanos, p. 52-53. In: **O Mundo da Saúde**. São Paulo, v. 21, n. 1, jan./fev. 1997.

²⁰³ SANTOS, **Equilíbrio do pêndulo...**, p. 157.

humana. Cuidam-se de considerações que enaltecem o princípio da dignidade humana.

5.4 NORMAS BRASILEIRAS

Os problemas gerados pelas experimentações médicas eram regulados por regra deontológicas ou por Declarações Internacionais de Princípios. Assim é que para o "uso de conhecimentos genéticos não traga prejuízos em vez de progresso, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei 8.974/95, que estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM), além de ter autorizado o Poder Executivo a criar Comissão Técnica de Biossegurança (CTNBio) — existente desde 1996".²⁰⁴

GOMES coloca que essa lei não deve ser interpretada como autorizativa da fecundação *in vitro*, pois vulneraria a os pilares que erigem o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento e destinatário, primeiro e último do ordenamento".²⁰⁵

O Código Brasileiro de Deontologia Médica²⁰⁶, preceitua no princípio XI, Capítulo I, que: "O médico, ainda que em caráter de pesquisa, guardará sempre respeito pela vida humana, desde a concepção até a morte." No artigo 20, Capítulo II, dispõe ser vedado ao médico: "Participar, com seus conhecimentos técnicos ou científicos, ou em contribuição indireta, de atos que resultem em extermínio ou dano à dignidade e à integridade física ou mental do ser humano".

O Código de Ética Médica, de 1988, em seu art. 6º dispõe que: O médico

²⁰⁴ GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. SORDI, Sandra. Aspectos atuais do projeto genoma humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 179.

²⁰⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A ética, o legítimo e o legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 92, v. 335, p. 151, jul./set./out.1996.

²⁰⁶ Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.154 de 13 de abril de 1984, o qual revogou o antigo Código de Ética Médica, de 30 de setembro de 1957.

deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade."

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92²⁰⁷ é normatização ética, dispondo exclusivamente sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Quanto aos embriões, proíbe o descarte dos pré-embriões²⁰⁸ excedentes; exige manifestação dos pais acerca do destino dos conceptos supranumerários; veda qualquer intervenção sobre os pré-embriões, a não ser que o objetivo seja terapêutico, visando ao bem dos mesmos; e por fim, proíbe o desenvolvimento dos embriões até o 14º dia.

O Projeto de Lei nº 3.638/93 do Deputado Luiz Moreira, no § 1º do art. 11, Título V, possui a seguinte redação: "O número total de gametas produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedentes ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído."²⁰⁹

Há, também o Projeto de lei nº 2.855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura, que também tem, como o Projeto tratado anteriormente, referência na Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Como uma terceira proposta, tem-se o Projeto de Lei 90/99 do Senador

²⁰⁷ Bem observado por Eduardo de Oliveira LEITE, a Resolução protege, num primeiro momento, os embriões da destruição, mas em seguida "atribui-se ao casal, a prerrogativa de decidir sobre o 'destino' dos mesmos. Estranho raciocínio daquele legislador", (LEITE, **O direito do embrião**..., p. 275).

²⁰⁸ O uso desse termo, demonstra que o Relatório Warnock tomou-se "legítimo" quanto às suas diretrizes sobre o desenvolvimento dos seres humanos.

²⁰⁹ O Título IV trata das doações de gametas e embriões. Esse projeto corresponde ao primeiro dos três já elaborados sobre o assunto, sendo que busca transformar os preceitos éticos da Resolução 1.358/92 do CFM em norma legal. GUILHEM, Dirce, PRADO, Mauro machado do. **Bioética**, legislação e tecnologias reprodutivas. **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 116, jul. 2001.

Lúcio Alcântara, cujo § 6º do art. 9º, obriga o descarte de embriões.²¹⁰ A partir deste, já foram apresentados dois projetos substitutivos. O primeiro elaborado pelo ex-Senador Roberto Requião, e o segundo pelo Senador Tião Viana.

Tal elaboração reflete o posicionamento da teoria relacional, que privilegia o projeto parental, tratada no capítulo anterior. Parece que as lideranças do Governo e do Senado estão se empenhando para aprovar tal Projeto.²¹¹

Elimar Szaniawski, quanto ao excesso de embriões, assim se posiciona:

Sustentamos que o ideal seria limitar a produção de embriões. O ponto central da argumentação utilizada pela corrente dos que se opõe à limitação da criação de embriões e optam pelo simples descarte dos excedentes, quando não são aproveitados pelo casal que os encomendou, consiste na infundada alegação que se a legislação vier a proibir a livre criação de embriões, ficarão os usuários prejudicados por esta lei, pois assim estaria o legislador impondo limites às oportunidades de submeterem-se novamente à técnica de reprodução assistida no caso de insucesso na primeira tentativa. Embora o argumento exposto possa, em um primeiro momento, refletir aparente realidade, uma ponderação mais profunda revela sua total improcedência. A imposição de limitações legislativas à produção excessiva de embriões não restringirão eventuais oportunidades de o casal submeter-se novamente à reprodução assistida, no caso de insucesso na primeira tentativa. Basta recolher novo material genético e tentar nova fertilização. Entre proteger o embrião de sua destruição e dar azo ao egoísmo de determinadas pessoas, que se mostram insensíveis ao extermínio de dezenas de seres humanos em desenvolvimento, que os mesmos, por sua própria vontade, produziram, sobressai o direito de o embrião de viver e de nascer. Preferimos impor limites às oportunidades de emprego das técnicas de fecundação artificial do que matar um ser humano que está se desenvolvendo. O simples descarte de embrião, bem como a doação de embrião excedentes para pesquisas que provocam a morte do mesmo constituem-se em um grande atentado ao *direito geral de personalidade*, um delito contra o *direito à vida* do nascituro.

O Projeto substitutivo do Senador Tião Viana, vem buscar solucionar essa questão, no sentido de proibir a crioconservação, exigindo a transferência a fresco. Entretanto, infelizmente, não alterou o imperativo de descarte de embriões em

²¹⁰ Veja-se os comentários feitos pela Professora Heloísa Helena BARBOZA em seu texto Reflexões sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição, publicação do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, na **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 19, 2º semestre/2000. Rio de Janeiro: Dinigraf, 2001, p. 103-110. Além do texto de Elimar SZANIAWSKI, O embrião excedente – o primado de direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do projeto de Lei do Senado nº 90/99. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 8, p. 83-107. out./dez. 2001.

²¹¹ Notas. In: Boletim **IBDFAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, a. 3, n. 21, p. 9, jul./ago. 2003.

algumas situações, além de não equiparar esses seres humanos aos nascituros, deixando de resguardar-se, portanto, direitos inatos dos embriões.

Em contrapartida, há um Projeto de Lei, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, nº 6.960/2002, visando a alterar disposições no Código Civil de 2002, e especificamente quanto ao art. 2º, propõe a seguinte redação: "Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro".²¹²

Tendo-se em consideração tudo o que foi exposto neste último capítulo,, depreende-se que pelo valor-princípio da dignidade humana, com referências na Carta Magna de 1988, o PL de Ricardo Fiuza, revela-se como mais adequado no momento em que se vive.

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e é ela que deve servir como parâmetro para normatividade infraconstitucional, nunca o contrário. É bom lembrar-se que existe um princípio de interpretação da legislação consoante a constituição quando se depara com casos de normas polissêmicas ou plurisignificativas. Deve-se dar prevalência para aquela que não contrariar a Constituição.²¹³

"E a vida perante a atual Constituição do Brasil, seja biológica, seja moral ou juridicamente, começa *desde a concepção*."²¹⁴

Assim, se houvesse ainda, discussão sobre o início do ciclo vital, se alguma dúvida pairasse, a respeito de quem tem o direito fundamental à vida, colocado no mais alto grau da legislação brasileira, na *Lex Mater* do Brasil, tal questão restaria inócua, a contar da ratificação, pelo país, do pacto de São José da

²¹² **Câmara deve votar ainda este ano projeto que altera o novo Código Civil.** Disponível no site do Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernanda Gontijo, <http://www.gontijo-familia.adv.br/>. Acessado em 06.08.03.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 229.

²¹⁴ NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na constituição brasileira. p. 269, In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

Costa Rica, em 25.09.1992, cujo artigo 4º , Do direito à vida, em seu § 1º dispõe que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção", e para "os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano".²¹⁵

Por derradeiro, como disse LEGAZ²¹⁶, 'entre la persona humana y su noción jurídica existen tanto una relación de deber ser como un vínculo ontológico, quiere decirse que la persona humana debe ser también persona en sentido jurídico y que la persona en sentido jurídico es una entidad, un modo de ser de la persona humana'.

Em definitivo, 'hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho de ser reconocido siempre como persona humana'.²¹⁷

²¹⁵ LITRENTO, Oliveiros. **Direito Internacional Público em textos**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 306-307.

²¹⁶ **La noción jurídica de la persona**, p. 20 e 44, apud PEREZ, Jesus Gonzales. **La dignidad de la persona**, p. 60. E, "Castán Tobeñas, en Los derechos del hombre, p. 41, dice que el derecho del hombre verdaderamente primero y básico "es el derecho a que sea reconocida y protegida su personalidad", pues todos los demás derivan de él. "

²¹⁷ PEREZ, Jesus Gonzales, *ibid.*, p. 60-61.

6 CONCLUSÃO

Da análise feita sobre a noção tradicional da personalidade jurídica relativa ao homem, é possível concluir-se que para tal aceção há uma identificação entre pessoa e sujeito de direito. Percebe-se, outrossim, que parte da doutrina civilística tenta avançar para algo diverso dessa visão, tentando superá-la, entretanto, não se desvinculada de tal equiparação.

O fato de existirem embriões humanos que não se enquadram nas categorizações constantes no Código Civil de 1916, e repetidas no atual Código Civil de 2002, já demonstra que a concepção tradicional de personalidade está ultrapassada. Não há como enquadrar a realidade hodierna aos padrões que serviram há duzentos anos atrás. Com efeito, até mesmo os ideais da Revolução Francesa, expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, devem ser repensados, pois, evidentemente, serviram à burguesia, para que ela fosse elevada, como classe, em nível equivalente ao da nobreza, ambicionando poder político. A burguesia precisava ser reconhecida.

Alguns juristas estão atentos para essa mudança de paradigmas que ainda o Direito vem sofrendo. Acompanhando-se a evolução do Direito, é possível notar-se a progressiva elevação do valor que possui o homem. E, só para fazer referência tem-se as Declarações Internacionais sobre o respeito ao ser humano, bem como a inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, a preocupação sobre a preservação ambiental, etc.

Isso tudo reflete aquilo que foi previsto por RÉNARD, lembrado por José LAMARTINE e Francisco MUNIZ, de que "a circunstância ética da humanidade iria, de modo progressivo, ao longo da História, refinando e ampliando suas exigências éticas em face da ordem jurídica positiva".²¹⁸

²¹⁸ MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 532, fev. 1980. p. 17.

Se é assim, diante da impossibilidade de caracterizar-se o embrião concebido *in vitro* como uma coisa, pois ele é detentor de vida (está vivo), vida que é humana, forçoso concluir-se pela devida proteção a lhe ser conferida.

Permitir-se o descarte de seres humanos é um retrocesso, pois representa algo incompatível com a evolução de tudo o que já foi conquistado. Dessas conquistas, repetindo-se, mais ainda sobre o ponto de vista da igualdade, a humanidade, de certo modo, conseguiu acabar com a escravidão, ou seja, ela é ilegítima. Nos países democráticos, a exemplo, as mulheres não têm diminuídas as suas capacidades, isto é, no que é possível, não ofendendo a diversidade da natureza de homem e mulher, pode-se dizer, então, que a mulher é igual em direitos e obrigações como o homem. Em síntese, é como se o Direito caminhasse para mais perto do ideal de justiça.

De modo a não obstaculizar essa caminhada é que se deve reforçar a visão personalista. Segundo esta vertente, a noção de personalidade, dentro do ordenamento jurídico, possui uma localização pré-normativa. E, no caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não é apenas um dado ontológico, que radica no plano do ser; é, também, um dado axiológico. "O homem **vale**".²¹⁹

Seguindo-se a noção personalista, por conseguinte, tem-se que o embrião concebido *in vitro* somente pelo fato de ser um "ser humano", possui desde o momento em que constituiu sua existência, isto é, desde o momento da concepção, personalidade que não pode ser concedida, mas tão-somente reconhecida pela ordem positivada.

Cumprir observar, por oportuno, que a discussão sobre a partir de quando o embrião possui humanidade, ou seja, deixa de constituir-se em um aglomerado de células passando a ter características humanas, é teoria que reflete uma "ideologia" ou um falso discurso. É que esse aglomerado de células humanas, que constitui um novo ser, desde a concepção, ao ser visualizado em um microscópio, por um

²¹⁹ Ibid., p. 16.

biólogo, indubitavelmente será apontado como um ser humano, pois até mesmo na divisão celular que se segue após a fecundação da célula feminina é diferente nas espécies. E, o ser humano desde o primeiro conjunto de suas células é indiscutivelmente um ser humano. Coisa, é que não pode ser. Mas, assim é que os adeptos da teoria genético-desenvolvimentista tratam os embriões, de modo a que não sofram proibições pelo Direito no tocante às experimentações.

Por conseguinte, a personalidade (enquanto humanidade) é inata ao ser humano, pelo seu valor, pela sua dignidade. Daí é que, decorre a igualdade, em essência, entre os homens. Desse modo, os embriões, independentemente de sua localização extra ou intra-útero detêm o mesmo valor, o valor humano.

Por fim, justificando-se o título deste trabalho, o concepturo *in vitro* além de possuir o direito a ser reconhecido como ser humano, possui o direito de ser reconhecido como pessoa, ou melhor: pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDELMASSIH, Roger. Aspectos gerais da Reprodução Assistida. In: **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 15-24, jul. 2001.
- ADORNO, Roberto. ¿Todos los seres humanos son personas? Décima Sexta Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión n° 9 Bioética e Derecho Civil, Buenos Aires, set. 1997.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Almeida Chinelato e. Direitos de personalidade. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 38, p. 21-30, dez. 1992.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética: Abrangência e Dinamismo. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, a. 21, v. 21, n. 1, p. 4-12, jan./fev. 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 328, p. 69-80, out./nov./dez. 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 85, n. 729, p. 43-51, jul. 1996.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. Reflexões sobre a responsabilidade civil na gestação de substituição. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n° 19, p. 103-110, 2º sem./2000.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Procriação Humana. Discensos e Consensos no Movimento Social da Bioética na América Latina. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, a. 21, v. 21, n. 1, p. 21-25, jan./fev. 1997.
- BEVILAQUA, Clovis. Idéia de Personalidade. In: _____. **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955. p. 61-63.
- Notas. In: Boletim **IBDFAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, a. 3, n. 21, p. 9, jul./ago. 2003.
- BRANDÃO, Darnival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. In: PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.) et al. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 15-58.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Notas em sede de teoria geral do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 720, p. 349-350, out./1995.
- BOSCH, Margarida. Ciência e o início da vida. In: URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003. p. 115-129. Tradução por Ivanilda Maura da Silva, Maurício Sato e Cícero de Andrade Urban.

CALLIOLI, Eugenio Carlos. Aspectos da fecundação artificial "in vitro". **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 12, n. 44, p. 71-95, abr./jun. 1988.

Câmara deve votar ainda este ano projeto que altera o novo Código Civil. Disponível no site do Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernanda Gontijo, <http://www.gontijo-familia.adv.br/>. Acessado em 06.08.03.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

CARBONNIER, Jean. La personnalité. In: _____. **Droit civil 1/ Les Personnes: Personnalité, Incapacités, Personnes morales**. 18ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 17-44.

CASINI, Marina; DI PIETRO, Maria Luisa. Il dibattito parlamentare sulla 'procreazione medicalmente assistita'. In: **Medicina e Morale**. Roma, n. 4, p. 617-666. 2002. Disponível em: http://www.bioeticaweb.com/Comentários_jurídicos/casini_di_pietro_fivet.pdf. Acessado em: 02 fev. 2003.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil. Parte geral**. v. 1. t. 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

_____. Os pré-embriões e os embriões. In: _____. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 197-205.

CHESNEAUX, Jean. **Modernidade-Mundo**. Trad. de João da Cruz. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

CIFUENTES, Santos. Integridad física de la persona In: _____. **Derechos Personalísimos**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 231-255.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Curitiba, 1993. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.

D'AGOSTINO, Francesco. Gli interventi sulla genetica umana nella prospettiva della filosofia del diritto. **Rivista di diritto civile**. a. 33, n. 1, p. 21-35. gen./feb. 1987.

DE CUPIS, Adriano. Estrutura dos direitos da personalidade. In: _____. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. p. 13-31.

DEMARCHE, Tina. Fertilização in vitro completa 25 anos. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 jul. 2003. p. 31.

DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Dano corporal – Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 449-461.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. Problemas éticos e jurídicos das pesquisas biotecnológicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 89, v. 323, p. 377-382, jul./ago./set. 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Bioética e tecnologia. In: _____. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226-238.

FARIAS, Edilson Pereira de. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. In: _____. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 103-147.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERRI, Luigi. Tutela giuridica del nascituro. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano. a. 34, n. 1, p. 34-48, mar. 1980.

FRANÇA, Rubens Limongi. Do início da personalidade natural. In: _____. **Manual de Direito Civil**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 125-129.

FRANCO JUNIOR, J. G. et al. **Reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Revinter, 1997.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

FREITAS GOMES, L. R. Direito à vida. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, n. 7, p. 156-160, julho, 1983.

GAMBINO, Eugenia; ROMANO, Elisabeth. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). Responsabilidad del biotecnólogo. **Responsabilidad profesional**. v. 3. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996. p. 1-184.

GARRAFA, Volnei. Bioética, responsabilidade e solidariedade. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, v. 19, n. 5, p. 164-166, jun. 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invensão moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

_____. Autonomia do Sujeito e Biopoder. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 327-345.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Direito à vida. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 156-160, jul. 1983.

_____. A ética, o legítimo e o legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 92, v. 335, p. 121-131, jul./set./out.1996.

GONÇALVES, Denise Willhelm. Reprodução assistida, clonagem terapêutica e o Direito. **Revista Jurídica Consulex**. a.7, n. 152, p. 40-45, mai. 2003.

GUILHEM, Dirce, PRADO, Mauro machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-126, jul. 2001.

HENIG, Robin Marantz. O bebê de pandora. **Scientific American Brasil**. São Paulo, ano 2, n. 14, p. 50-55, jul. 2003.

HERZOG-EVANS, Martine. Homme, homme juridique et humanité de l'embryon. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris, n. 1, p. 65-78, jan./mars. 2000.

HRYNIEWICZ, Severo, SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito "in vitro": da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. Teorias objetivistas e o direito positivo brasileiro. In: _____. **Responsabilidade civil do médico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 46-56.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? In: **Bioética**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-42, jul. 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O direito do embrião humano: mito ou realidade? In: **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 261-280, jul.1997.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Dos direitos da personalidade. In: _____. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 7-59.

LEPAGNEUR, Hubert. Acerca da bioética de Elio Sgreccia. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, a. 21, v. 21, n. 1, p. 13-20, jan./fev. 1997.

LITRENTTO, Oliveiros. **Direito Internacional Público em textos**. Rio de janeiro: Editora Rio, 1978.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 329-359.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; PERROTTI, Marcos Antonio. Direito do Planejamento Familiar. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 87, v. 749, p. 46-59, mar.1998.

MANSUR, Ana Letícia. A polêmica do diagnóstico pré-implantacional. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 12 jan. 2003.

MARTIN, Raymond. Personne et sujet de droit. **Revue trimestrielle de droit civil**. n. 4, 1981, p. 791-792.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**. n. 623, p. 27-30, set.1987.

_____. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 127-183.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. In: **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 229-246, jul. 2000.

MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. v. 262. p. 79-88, .

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Juris Editora, 2000.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

_____. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris, a. 87. n. 4, p. 645-672, oct./déc. 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial**. tomo 7. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Walter. Concepção Tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 590. p. 14-24. dez. 1984.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na constituição brasileira. In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 263-298.

NERY, Rosa maria Barreto Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: PENTEADO, J. de C. DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 441-466.

NUNES, F. de A. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas em seres humanos. Resolução n. 196 de 10 de outubro de 1996. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, a. 21, v. 21, n. 1, p. 52-53, jan./fev. 1997.

OLIVEIRA, José. Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no *Esboço* de Teixeira de Freitas. Superação e permanência. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**. Padova: CEDAM, 1988, p. 347-370.

OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos de personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 402, p. 29-32, abr./1969.

OPPO, Giorgio. Scienza. Diritto. Vita Umana. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. 48, n. 1., p.10- 27, gen./feb. 2002.

PEREZ, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

PESSINI, Léo. Bioética: Brasil tem novas normas éticas de pesquisa em humanos. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, a.21, v. 21, n. 1, p. 3, jan./fev. 1997.

PINTO, Carlos Alberto Mota. O reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade. In: _____. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 84-86.

REALE, Miguel. Tramitação do Projeto. In: _____. **Visão geral do projeto de código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1-21.

Revista de Jurisprudência do T. J. R. G. S., n. 158, p. 214-222, jun. 1993.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127-154.

GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Tratamiento e investigacion sobre gametos y preembriões humanos. In: _____. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Universidad complutense: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1994. p. 143-153

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCALISI, Antonino. **Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1990.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERRA, Angelo. Embrião Humano como Objeto Disponível: Ciência e ética em Confronto. In: URBAN, C. de A. **Bioética Clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, 130-144. Trad. por Cícero de Andrade Urban.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética. I - Fundamentos e ética biomédica**. v.1. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Manuale di bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica.

_____. **Manual de Bioética. II - Aspectos médico-sociais**. v.2. Tradução: Orlando Soares Moreira. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Manuale di bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica.

SILVA, Edson. Ferreira da. Direitos da Personalidade — Os Direitos de Personalidade são inatos? **Revista dos Tribunais**. a. 82. n. 694. p. 21-30. ago.1993.

SIQUEIRA, Marília. O Início da Vida e a Medicina Atual, In: PENTEADO, Jacques de Camargo, DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.) et al. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 335-353.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. O embrião excedente — o primado de direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do projeto de Lei do Senado nº 90/99. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. v. 8, p. 83-107, out./dez. 2001.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: _____ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.

TOBENÁS, Jose Castan. El sujeto de los derechos. In: _____. **Derecho Civil Español, Comum y Foral**. t.1. v. 2. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955. p. 92-115.

TORRELLI, Maurice. Le droit à la santé et le respect de la personne. In: _____. **Le médecin et les droits de l'homme**. Paris: Berger-Levrault, 1983. p. 191-238.

TRABUCCHI, Alberto. Inseminazione artificiale. In: **Novissimo Digesto Italiano**. v. 8. Torino: UTET, 1957, p. 732-741.

_____. I soggetti e il diritto delle persone. In: _____. **Istituzioni di diritto civile**. 37ª ed. Padova: CEDAM, 1997, p. 64-67.

_____. Procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del giurista. **Rivista di diritto civile**, Padova, a. 32, n. 5, p. 495-511, set./ott. 1980.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica so ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n.2, p. 217-228, jul. 2000.